MASTER
NEGATIVE
NO. 94-82050-4

COPYRIGHT STATEMENT

The copyright law of the United States (Title 17, United States Code) governs the making of photocopies or other reproductions of copyrighted materials including foreign works under certain conditions. In addition, the United States extends protection to foreign works by means of various international conventions, bilateral agreements, and proclamations.

Under certain conditions specified in the law, libraries and archives are authorized to furnish a photocopy or other reproduction. One of these specified conditions is that the photocopy or reproduction is not to be "used for any purpose other than private study, scholarship, or research." If a user makes a request for, or later uses, a photocopy or reproduction for purposes in excess of "fair use," that user may be liable for copyright infringement.

The Columbia University Libraries reserve the right to refuse to accept a copying order if, in its judgement, fulfillment of the order would involve violation of the copyright law.

Author:
Schaefer, Alfred

Title:
Die aktiengesellschaft als mitglied und als organ...

Place:
Zürich

Date:
1930

94-82050-4
MASTER NEGATIVE #

COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES
PRESERVATION DIVISION

BIBLIOGRAPHIC MICROFORM TARGET

ORIGINAL MATERIAL AS FILMED - EXISTING BIBLIOGRAPHIC RECORD

BUSINESS
224
Sohl

Schaefer, Alfred, 1905-
Die aktiengesellschaft als mitglied und als organ von handelsgesellschaften ... von Alfred Schaefer ... Zürich, Leemann, 1930.
174 p. 23 cm.

Thesis, Zürich, 1930.
Bibliography: p. [166]-174.

RESTRICTIONS ON USE:

TECHNICAL MICROFORM DATA

FILM SIZE: 35mm REDUCTION RATIO: 12x IMAGE PLACEMENT: IA (IIA) IB IIB

DATE FILMED: 11|14|95 INITIALS: W.W

TRACKING # : MSH 00569

FILMED BY PRESERVATION RESOURCES, BETHLEHEM, PA.

2.0 mm

ABCDEFGHIJKLMNOPQRSTUVWXYZ
abcdefghijklmnopqrstuvwxyz1234567890

1.5 mm

ABCDEFGHIJKLMNOPQRSTUVWXYZ
abcdefghijklmnopqrstuvwxyz1234567890

PM-MGP 13″x18″
METRIC GENERAL PURPOSE TARGET
PHOTOGRAPHIC

200 mm

150 mm

100 mm

1.0

1.1

1.25

1.4

1.6

1.8

ABCDEFGHIJKLMNOPQRSTUVWXYZ
abcdefghijklmnopqrstuvwxyz1234567890

ABCDEFGHIJKLMNOPQRSTUVWXYZ
abcdefghijklmnopqrstuvwxyz
1234567890

ABCDEFGHIJKLMNOPQRSTUVWXYZ
abcdefghijklmnopqrstuvwxyz
1234567890

1.0 mm

1.5 mm

2.0 mm

2.5 mm

A5

A4

A3

PRECISION℠ RESOLUTION TARGETS

Century

A&P

1303 Geneva Avenue
St. Paul, MN 55119

ABCDEFGHIJKLMNOPQRSTUVWXYZ
abcdefghijklmnopqrstuvwxyz
1234567890

4.5 mm

ABCDEFGHIJKLMNOPQRSTUVWXYZ
abcdefghijklmnopqrstuvwxyz1234567890

3.5 mm

Univ. Exchange AUG 12 1931

Die Aktiengesellschaft
als Mitglied und als Organ von Handelsgesellschaften

DISSERTATION

der

rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

ALFRED SCHAEFER
von **Aarau**

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. A. EGGER

ZÜRICH □ 1930.
Diss.-Druckerei A.-G. Gebr. Leemann & Co.
Stockerstr. 64.

D 224 - Sch 1

D224 Sch
Columbia University
in the City of New York
LIBRARY
School of Business

Die Aktiengesellschaft
als Mitglied und als Organ von Handelsgesellschaften

DISSERTATION

der

rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

ALFRED SCHAEFER
von Aarau

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. A. EGGER

ZÜRICH □ 1930.
Diss.-Druckerei A.-G. Gebr. Leemann & Co.
Stockerstr. 64.

Bus.

Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 1. Februar 1930.

Der Dekan
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät:
Prof. Dr. H. Fritzsche.

D 124
Schl

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 5

I. Teil. Die juristische Person.

§ 1. Die Rechtsnatur der Handelsgesellschaften 10
I. Die Personalgesellschaften 12
II. Die Kapitalgesellschaften 21
§ 2. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person 36
§ 3. Die Handlungsfähigkeit der juristischen Person 42
I. Der Begriff des Organs 43
II. Organ und Stellvertreter 45
III. Einfache und zusammengesetzte Organe 47
IV. Das Organsubjekt und dessen rechtsgeschäftliches Handeln . 48
V. Die Haftung der Organe 52
1. Zivilrechtlich 52
2. Strafrechtlich 53
§ 4. Die Deliktsfähigkeit der juristischen Person 54
1. Zivilrechtlich 54
2. Strafrechtlich 58

II. Teil. Die Aktiengesellschaft als Mitglied von Handelsgesellschaften.

§ 5. Die Aktiengesellschaft als Kollektivgesellschafter 60
A. Allgemeines, Gesetzgebung, Literatur und Rechtssprechung . 60
1. Allgemeines 60
2. Gesetzgebung 63
3. Literatur 64
4. Rechtssprechung 75
B. Die Gesetzesbestimmungen über die Kollektivgesellschaft . . 78
I. Beitritt einer Aktiengesellschaft zu einer Kollektivgesellschaft 78
1. Allgemeines 78
2. Der Eintrag ins Handelsregister 82
3. Die Firma 86
II. Das Innenverhältnis 90
III. Das Außenverhältnis 93
1. Vertretung 93
2. Die Haftung 97
a) Vermögenshaftung 97
b) Haftung der Gesellschaft für die Gesellschafter . 99
3 Konkurs 100
IV. Beendigung 102
V. Liquidation 104
VI. Verjährung 105

Seite

C. Die speziellen Vorschriften des Aktienrechtes 105
I. Freie Widerruflichkeit des Vorstandes 106
II. Qualifizierte Gründung und Nachgründung 106
III. Erwerb und Inpfandnahme eigener Aktien 107
IV. Bilanzvorschriften 107
6. Überblick über die Beteiligung der Aktiengesellschaft an den andern Handelsgesellschaften 109
I. Die Aktiengesellschaft in der Kommanditgesellschaft . . 109
1. Als unbeschränkt haftender Gesellschafter 110
2. Als Kommanditär 111
II. Die Aktiengesellschaft als Aktionär 112
III. Die Aktiengesellschaft in der Kommanditaktiengesellschaft . 112
IV. Die Aktiengesellschaft in der G. m. b. H. 113
V. Die Aktiengesellschaft in der Genossenschaft 113
§ 7. Die G. m. b. H. & Cie. 116
I. Entstehung und Begriff 116
II. Zulässigkeit 118
III. Die Firmenbildung 121

III. Teil. Die Aktiengesellschaft als Organ von Handelsgesellschaften.

§ 8. Die Aktiengesellschaft in der Generalversammlung 123
I. Zulässigkeit 123
II. Bedeutung 124
III. Einzelfragen 125
1. Stimmrechtsfragen 125
2. Selbständigkeit der juristischen Person 126
§ 9. Die Aktiengesellschaft in der Verwaltung 131
I. Der Begriff der Verwaltung 131
II. Die Aktiengesellschaft in der Verwaltung 138
1. Die rechtliche Möglichkeit 138
2. Die Wünschbarkeit 148
a) Die gegenwärtigen Verhältnisse 148
b) Die Vorteile der neuen Lösung 152
c) Die Nachteile der neuen Lösung 155
§ 10. Die Aktiengesellschaft in der Kontrollstelle 156
§ 11. Die juristische Person als Liquidator 159
Schlußwort 164
Literaturverzeichnis 166

Einleitung.

Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts hat die Wirtschaft eine stetige Entwicklung zum Großbetriebe durchgemacht, als Folge des Fortschreitens der naturwissenschaftlichen Erkenntnis, der Technik und der kapitalistischen Organisation. Die besonderen Verhältnisse des Krieges und der Nachkriegszeit mit ihrer Verwischung des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht haben diesen Prozeß noch beschleunigt. Die heutigen vertikalen Konzentrationsgebilde, wie z. B. der Trust, die Formen der horizontralen Konzentration, wie Ringe, Kartelle und Syndikate, ferner die gemischt-wirtschaftlichen Betriebe, die als „Interessengemeinschaften" zusammengefaßten Beteiligungsgesellschaften,[1]) alle diese unter dem Gedanken der kooperativen Koalition entstandenen gewaltigen Zweckinnungen haben die Rechtswissenschaft vor neue Probleme gestellt. Man hat diese Erscheinungen der letzten Jahrzehnte unter den Begriff des Wirtschaftsrechtes zusammenzufassen gesucht,[2]) und dieses als „das der organisierten Wirtschaft eigentümliche Recht" definiert. Der Begriff „Wirtschaftsrecht" als solcher ist aber kaum mehr als eine Veranschaulichung der viel größeren Bedeutung, welche heute die Wirtschaft für die Rechtsbetrachtung hat. Juristisch brauchbarer wäre der Ausdruck, wenn darunter auch die ganze Materie des bisherigen Handelsrechtes verstanden würde. Dieses allein, speziell das Recht der Handels-

[1]) Gewinnbeteiligungs-, Finanzierungs-, Pachtungsgesellschaften, Konsortialbeteiligungen, Betriebs- und Lieferungsgemeinschaften, Tochtergesellschaften etc.

[2]) Hedemann, Grundzüge des Wirtschaftsrechtes 1922; Rathenau, S. 9, 12, 31 ff.; Friedländer, S. 7 ff.; Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 149 ff.; Sombart, Die Ordnung des Wirtschaftslebens, in der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Bd. 35; Schuster, Typisierung der wirtschaftlichen Organisation, im weltwirtschaftlichen Archiv 19, S. 429 ff.; Goldschmidt, Reichswirtschaftsrecht, Berlin 1923.

gesellschaften, kann die Grundlage bilden für eine Betrachtung der komplizierten Kombinationsformen der modernen, immer mehr sich differenzierenden Wirtschaft, in der sich Betrieb, Unternehmen und Rechtsform häufig nicht mehr decken.[3])

Es erhebt sich die Frage, ob das geltende Recht wirklich ein tragfähiges Gerippe für die neuen Bildungen einer veränderten Wirtschaft darstellt, ob es deren Bedürfnissen zu genügen vermag. Passen die vorhandenen Rechtssätze nicht mehr auf die modernen Wirtschaftskörper, so ist zu prüfen, ob eine Ausweitung des Rahmens möglich ist, in dem sich der Gedankenkreis des Gesetzgebers bewegte, ob Analogieschlüsse und extensive Interpretation helfen können. Nur aus der Erkenntnis heraus, daß die Sache über der Form steht, kann man neuen Erscheinungen auf dem Boden des geltenden Rechtes gerecht werden. Letztes Hülfsmittel sind dabei allgemeine Rechtsgrundsätze: Treu und Glaube, Sittenwidrigkeit, Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mitteln.

Unter diesem Gesichtspunkt haben wir auch an unsere spezielle Untersuchung heranzutreten, ob eine Aktiengesellschaft Mitglied und Organ von Handelsgesellschaften sein kann. In dem angedeuteten Zusammenhang ist diese Frage neben ihrer konkreten Entscheidung auch von einer gewissen Bedeutung für das ganze Problem der Unternehmungszusammenfassungen überhaupt, indem sie zeigt, welche der Erscheinungen der Wirtschaft die Formen des Rechts tatsächlich beeinflußt haben oder ihren Einfluß de lege ferenda geltend zu machen berufen sind.

Obschon unsere Arbeit im besonderen nur die Vergesellschaftung der Aktiengesellschaft mit andern Handelsgesellschaften untersucht, wird ihr Resultat doch auch die grundsätzliche Beantwortung der allgemeineren Frage enthalten, ob juristische Personen überhaupt Mitglieder oder Organe von Korporationen des Privatrechts sein können. Denn die Frage nach dem Geltungsbereich der Aktiengesellschaft als Rechtsform setzt eine Auseinandersetzung mit dem Begriff der juristischen Person als solcher voraus.

Die Aktiengesellschaft ist nicht nur die Rechtsform des mo-

[3]) Friedländer, S. 41 f.

dernen Großunternehmens.[4]) Sie soll auch den Interessen mittlerer und kleinerer Unternehmungen dienen können. Ganz allgemein muß sie diejenige Elastizität besitzen, die es ermöglicht, ihre Form in den Schranken der Rechtsordnung für die verschiedensten Zwecke ungehindert zu benutzen. Dies gilt auch für die Vergesellschaftung der Aktiengesellschaft mit andern Handelsgesellschaften. Das praktische Bedürfnis nach solchen Kombinationen mag prima facie als gering erscheinen. Es ist aber daran zu erinnern, daß in der Praxis tatsächlich sehr häufig eine mitgliedschaftliche oder organschaftliche Stellung einer Handelsgesellschaft bei einer andern besteht, obwohl rechtlich eine einzelne physische Person als Mitglied oder Organ figuriert.[5]) Damit ergibt sich auch das Postulat, die Rechtslage in solchen Fällen mit der tatsächlichen Handhabung in Übereinstimmung zu bringen, sofern sich diese letztere aus den Bedürfnissen der Praxis heraus rechtfertigen läßt. Die Form der Kommanditaktiengesellschaft kann u. U. dem Bedürfnis der Praxis nach anderweitiger Kombination von Handelsgesellschaften nicht genügen. Im Zeitalter der Konzerne und Gesellschaftsverflechtungen lassen sich gewisse Mischformen nicht einfach als „gekünstelte ungesunde Gesellschaftsbildung" abtun.[6]) Es können sehr reale und gerechtfertigte wirtschaftliche oder betriebstechnische Bedürfnisse diese Mischformen als zweckmäßig erscheinen lassen.[7])

Im Konzernrecht kommt es vor, daß eine Aktiengesellschaft Betriebsführerin der Betriebe von Unternehmungen ist, welche zusammen eine Kollektivgesellschaft bilden, die als Eigentümergesellschaft dient. Zwischen Aktiengesellschaft und Kollektivgesellschaft wird in solchen Fällen ein Pacht- oder Betriebsführungsvertrag abgeschlossen.[8]) Oft bleibt bei Neugründungen

[4]) Wunderlich, der kommende Hochkapitalismus, Berlin 1927; Klein, die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft, Wien 1904; Hamburger, Art. „Aktiengesellschaft", im Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, herausgegeben von Schlegelberger, Berlin 1927.

[5]) Vgl. S. 48 f. und S. 148 f.

[6]) Warneyer-Koppe, G. m. b. H. Gesetz (1924), Anm. 1 zu § 13; Brodmann, G. m. b. H. Gesetz ebendort.

[7]) Zielinski, bei E. Heymann (1925), Heft 40.

[8]) Friedländer, S. 182 f.

eine Kollektivgesellschaft als Holdinggesellschaft bestehen, wobei ihr Gesellschaftsvertrag zum Konsortialvertrag wird.[9])

Bei großen Handelshäusern, bei denen die Form der Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft sich traditionell erhalten hat und als Gewähr solider Geschäftsführung gilt, kann das Bedürfnis bestehen, die Beteiligungen an andern Unternehmungen gesondert zu verwalten. Es wird dazu eine besondere Aktiengesellschaft als Holdinggesellschaft geschaffen, deren Aktien in den Händen der Kollektivgesellschaft sind.[10])

Beim Tode des Inhabers eines Unternehmers, das die Witwe oder die Erben nicht allein weiterführen können, kann eine Aktiengesellschaft dasselbe übernehmen wollen, wobei die Erben ev. als bloße Kommanditäre beitreten.[11])

Eine Aktiengesellschaft kann einer Kollektivgesellschaft beitreten, um ein Kontroll- oder Einsichtsrecht in deren Geschäftsbücher zu erhalten, um Gründungskosten oder Steuern zu sparen,[12]) um das Unternehmen unter Wahrung der traditionellen Personalfirma zu beherrschen.

Umgekehrt ist denkbar, daß eine Kollektivgesellschaft eine Aktiengesellschaft aufnimmt, um ihre Finanzkraft zu erhöhen, ihren Kredit zu heben, ihre Haftung zu erweitern, ihre Konkurrenz zu vermindern oder um den Vorteil auszunützen, daß eine juristische Person das Leben eines Einzelmenschen überdauert und daher die Schwierigkeiten einer Auseinandersetzung mit den Erben wegfallen.

Über die organschaftliche Stellung juristischer Personen wird an anderer Stelle noch zu handeln sein.[13])

Ob diese Bedürfnisse der Praxis ihren rechtlich adäquaten Ausdruck finden können, ist Gegenstand unserer Untersuchung. Diese hat also nicht nur akademischen Wert, ist nicht nur ein

[9]) Friedländer, S. 149 f.

[10]) Wieland, S. 787.

[11]) Geiler, S. 167, führt sogar das Beispiel an, daß das deutsche Reich als juristische Person provinziellen Materialverwertungsgesellschaften beigetreten ist. Vgl. RG 105, S. 101 f.

[12]) Vgl. S. 119.

[13]) Vgl. S. 48 und S. 123 ff.

dialektisches Spiel mit dem toten Buchstaben des Gesetzes,[14]) sondern sucht im Gegenteil eine Lücke des Gesetzes auszufüllen, ganz abgesehen von der schon erwähnten Gelegenheit, sich an Hand dieses Beispieles über den Geltungsbereich der juristischen Person im Rechtsverkehr zu orientieren.

[14]) Sraffa und Bonfante in Rivista di diritto comm. Bd. 19 (1921) I, S. 609.

I. Teil.
Die juristische Person.

§ 1. Die Rechtsnatur der Handelsgesellschaften.

Eine vertraglich begründete Gemeinschaft mehrerer Rechtssubjekte kann einen individualistischen oder einen kollektivistischen Charakter haben. Rein individualistisch war die römisch-rechtliche Societas, deren Wesen eine nur obligatorische Bindung der Gesellschafter war, bei völliger Unabhängigkeit in dinglicher Beziehung. Miteigentum zu Bruchteilen an den Sachen der Gesellschaft, welche kein eigenes, vom Privatvermögen ihrer Mitglieder getrenntes Vermögen besaß, und als Rechtsschutz bloße persönliche actio pro socio, waren die hauptsächlichsten Konsequenzen einer solchen Gemeinschaft für ihre Mitglieder.[1])

Zu einer grundsätzlich andern Auffassung der Vertragsgemeinschaft gelangte, vom Familienrecht ausgehend, das deutsche Recht.[2]) Vielseitig und dehnbar in seiner Ausgestaltung, besteht ihr Wesen doch immer in einer sozialrechtlichen, personenrechtlichen Gebundenheit der Mitglieder einer Gemeinschaft, welche samt ihrem Vermögen als mehr oder weniger selbständige „Gemeinschaft zur gesamten Hand" von den sie bildenden Rechtssubjekten unterschieden wird. Wo das römische Recht trennt, da verbindet dieses Institut des deutschen Rechtes. Die fehlende Rechtspersönlichkeit wird durch eine viel stärkere rechtliche Einheit der Einzelwillen ersetzt.[3])

Von den verschiedenen Arten von Gesamthandsverhältnissen

[1]) Über den Zweck der societas des römischen Rechtes vgl. z. B. D pro socio, L 31, L 52, L. 63.

[2]) Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechtes, S. 114, 139 f., 146 f.; Gierke, GTh. S. 436 f., 450 ff.

[3]) Binder, S. 84, bezeichnet die Gesamtheit der Gesamthänder als „Subjekt der durch das Zusammenwirken der Einzelnen entstehenden Willensmacht".

ist hier die Gesellschaft, speziell die Handelsgesellschaft, kurz zu untersuchen.

Allen Handelsgesellschaften gemeinsam ist eine eigene Firma, die Rechtsstellung eines Kaufmanns, ein eigenes Domizil, der Besitz eines Vermögens und damit auch selbständige Konkursfähigkeit, endlich der vom Gesetz geforderte Eintrag in ein besonderes Handelsregister. Für alle Handelsgesellschaften ergeben sich ferner immer wieder ähnliche Probleme: Beschaffung der Mittel und Erhaltung des Kredites, Organisation nach innen (Geschäftsführung) und nach außen (Vertretung und Haftung), die Erhaltung der Werte, die Abgrenzung der Macht der Kollektivität und der Rechte des Einzelnen. Im übrigen aber bestehen zwischen den einzelnen Typen der Handelsgesellschaften starke Unterschiede, je nachdem das Hauptgewicht der Mitgliederbeteiligung auf der persönlichen, individualistischen Leistung des Gesellschafters, wie bei der Kollektivgesellschaft, oder auf seiner bloßen Geldeinlage, wie bei der Aktiengesellschaft, beruht.

Man hat den rechtlichen Ausdruck dieses wirtschaftlichen Gegensatzes in der Unterscheidung von Verein und Gesellschaft zu finden geglaubt[4]) und die bestehenden Formen der Handelsgesellschaften ihrem Wesen nach in „Vereine" und in eigentliche „Gesellschaften" einzuteilen versucht, ohne sich freilich über das Unterscheidungsprinzip einigen zu können.[5]) Auch wenn man die prinzipielle Unterscheidung von Handelsgesellschaften in solche mit eigener Rechtspersönlichkeit und in solche ohne eigene Rechtspersönlichkeit gelten läßt, so wird man dennoch die letzteren nicht ohne weiteres als „nicht rechtsfähige Vereine" bezeichnen können.[6]) Der Gesetzgeber verbindet die beiden Unterbegriffe „rechtsfähiger Verein" und „nicht rechtsfähiger Verein" zu dem Oberbegriff „Verein". Umgekehrt bezeichnet er einige Personengemeinschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit als Gesellschaft, so z. B. die Aktiengesellschaft. In dieser Unterscheidung

[4]) Fischer, in Ehrenbergs Handbuch, III. Bd., 1. Abtlg., S. 5 f.

[5]) Vgl. dazu Windscheid I, § 57, No. 4 b; Regelsberger, Pand. I, § 79, III, Dernburg I, § 61, Z 3, 6; Gierke, DPR I, § 61, Z 3.

[6]) So Hölder, natürliche und juristische Personen, S. 283; Cosack § 280. Sachau in ZHR, Bd. 56, S. 457.

nur einen vom Verkehr übernommenen falschen Sprachgebrauch zu sehen, geht nicht an. In der Unterscheidung der Gemeinschaften, auf die der Begriff Verein Anwendung findet, von denen, welche als Gesellschaften bezeichnet werden, hebt der Gesetzgeber ein bestimmtes Abgrenzungsprinzip hervor, das allerdings in erster Linie wirtschaftlicher Natur ist: bei dem Verein besteht grundsätzlich keine wirtschaftliche Beteiligung der Mitglieder an dem Gemeinschaftsvermögen, bei der Gesellschaft dagegen trifft das Gegenteil zu. Die wirtschaftliche Zugehörigkeit des Anteils am Gemeinschaftsvermögen — mag dieser Anteil in Aktien, Geschäfts- oder Gesellschaftsanteilen bestehen, wertlos oder Passivposten sein — zum Vermögen des Einzelmitgliedes macht das Wesen der gesellschaftlichen Beteiligung aus. Jede Veränderung in ihrem Mitgliederbestand bedeutet für die Gesellschaft auch eine Verschiebung in der wirtschaftlichen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen. Für die Aktiengesellschaft ist diese Verschiebung infolge der Verkörperung der Anteilsrechte in den Aktien und der dadurch bedingten leichten Übertragbarkeit derselben praktisch ohne direkten Einfluß. Die Unterscheidung der im privaten Rechtsverkehr vorkommenden Gemeinschaften in Vereine und Gesellschaften ist also gerechtfertigt, wenn man unter den letzteren diejenigen Vereinigungen versteht, bei denen die Mitglieder an dem Vermögen der Gemeinschaft mit einem Anteil beteiligt sind, der wirtschaftlich und rechtlich zu ihrem Vermögen gehört.[7])

Die herrschende Lehre des deutschen Rechtes subsumiert dem Oberbegriff „Handelsgesellschaften" die beiden Unterbegriffe „Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit" und „Handelsgesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit". Dieser Unterscheidung soll hier aus weiter unten darzulegenden Gründen nicht gefolgt werden. Der bessern Übersicht halber sei das äußerliche Moment des Unterschiedes zwischen Personalgesellschaften und Kapitalgesellschaften als Grundlage einer Einteilung genommen.

I. Die Personalgesellschaften.

I. Die Wissenschaft ist sich heute darüber einig, daß die Kommanditgesellschaft in den italienischen Ständen des

[7]) Vgl. Düringer-Hachenburg, IV, Anm. 10, Einleitung.

Mittelalters aus dem seerechtlichen Geschäft der Commenda entstanden ist, vermutlich sogar schon dem römischen Vulgarrecht bekannt war. Der maßgebende Gesichtspunkt für die Commenda war die Teilung des Risikos für eine einzelne gewagte Unternehmung. Das Sozietätselement lag in der Beteiligung des Commendatarius am Gewinn, den er mit dem ihm anverwandten Eigentum des Commendators auf seiner Handelsreise machte.[8]) Nach und nach überwog das Gesellschaftselement über das Auftragselement, es entstanden dauernde Gesellschaften mit gegenseitiger Gewinnbeteiligung.

Die Ansichten über den Ursprung der Kollektivgesellschaft sind dagegen geteilt. Einerseits werden ihre Prinzipien aus der deutschrechtlichen Familiengemeinschaft abgeleitet, die über die anfängliche Erb- und Hausgemeinschaft hinaus sich vertragsmäßig allmählich weiter entwickelte. Andererseits wird darauf hingewiesen, daß in dem Momente, da die Kollektivgesellschaft Handelsgesellschaft wurde, die an Stelle des Familienverhältnisses tretende vertragliche Relation römischrechtliche Elemente und Gedanken des modernen Geschäftsverkehres aufgenommen habe, sodaß sie, wie die rein volontäre Handelsgesellschaft auf Grund handelsrechtlichen Gewohnheitsrechtes zu einem selbständigen praktischen Institut geworden sei.[9]) Die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter ist in diesem Sinne nicht Ausfluß einer nicht mehr bestehenden allgemeinen Schuldgemeinschaft der Familienglieder bezw. Hausgenossen, sondern der von der Hausgemeinschaft prinzipiell losgelösten Firmengemeinschaft.

Während bei der Gemeinderschaft zur gesamten Hand deren Einheit in keiner Weise als etwas von den einzelnen Mitgliedern Verschiedenes galt und deshalb nur in dem Zusammenwirken aller Mitberechtigten ihren Ausdruck fand,[10]) wurde schon im Mittel-

[8]) Vgl. Renaud, S. 1 f.; Silberschmidt, S. 3 ff.; derselbe, die Commenda in ihrer frühesten Entwicklung (1885), S. 11 f.; Weber, zur Geschichte der Handels-Gesellschaften im Mittelalter (1889), S. 22 f., S. 108 ff.

[9]) Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechtes, S. 271 f.; Weber, a. a. O., S. 48; Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, § 4, § 26; ferner die Literatur bei Hübner, S. 144.

[10]) Hübner, a. a. O.; Heusler, Institut. I, S. 226.

alter der Firmenname, durch den die Gesellschaft eine selbständige Stellung nach außen erhielt, als eine über der Gesamtheit der Teilnehmer stehende Rechtsgröße aufgefaßt. Ohne diese Firma von einzelnen Mitgliedern rechtlich zu trennen und als unabhängige juristische Person zu verselbständigen, gab man doch diesem Gefühl Ausdruck durch ihre Bezeichnung als „corpus mysticum".[11]) An diesen Ausdruck hat sich die heutige romanische Rechtswissenschaft angelehnt, wenn sie alle Gesellschaften, selbst die einfache Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, als „corps moral" bezeichnet und deshalb folgerichtig auch die Kollektivgesellschaft als juristische Person auffaßt.[12]) Daß unmöglich alle Konsequenzen des Korporationsprinzipes auf die Kollektivgesellschaft angewandt werden können, gesteht auch die französische Doktrin ein. Für sie aber liegt überall eine juristische Person vor, wo ein Sozialgebilde unter seinem Namen Rechte ausübt. Aus den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs heraus hat sie deshalb auch der Kollektivgesellschaft Rechtspersönlichkeit zugesprochen.[13])

Theorie und Praxis des deutschen Rechtes halten an dem Dogma fest, die Kollektivgesellschaft sei nach dem Prinzip der gesamten Hand aufgebaut, die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung seien Eigentümer des Vermögens.[14]) Nur sehr wenige

[11]) Straccha, Dec. Rot. Gen. VII, IC, 10 „Societas est corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum". Vgl. analog Limonoeus, in liber IX juris publici imperii Romano-germanici: „Imperator caput est imperii, principes imperii membra, imperium est corpus mysticum"; ferner Gierke, DPR S. 469, GTh S. 108 f.; 248 f., 428—546.

[12]) Vgl. für Frankreich Houpin-Bosvieux No. 56 ff.; Pic No. 161 f.; für Italien Codice art. 77, progetto art. 88; Belgien, Ges. vom 25. V. 1913, Art. 2, vgl. ZHR, Bd. LXXVIII, S. 145; Spanien, Cod. Comm. art 116; Portugal C. C. art. 108; vgl. Goldschmidt ZHR, Bd. XXXIII, S. 300, S. 568; XXXV, S. 298; XXXVI, S. 502; XXXVII, S. 538; XLII, S. 316; XLIII, S. 231; XLIV, S. 305; Wieland, Handelsrecht, S. 398 ff. und S. 434, Anm. 90 und dort zit. Literatur.

[13]) Vgl. Thaller, Droit commercial, S. 208; Troplong, du contrat de la société civile et commerciale; Rousseau, S. 240; Pic, S. 3, 5, 7, 10, 126; Lyon-Caen, S. 105 ff.; Négulesco, S. 15 ff.; Dürrenmatt, S. 20 und zit. Literatur; Vivante, Trattato, Bd. 2, § 31.

[14]) Gierke, GTh, S. 339 ff., 436 ff., 450 ff., 470 ff., 501 ff., 513 ff., 523 f., 543, 550, 590 ff.; DPR I, S. 670 f.; Gerber DPR 1849, § 195;

Stimmen sind für die gegenteilige Auffassung laut geworden.[15]) Als Ausdruck der Tatsache, daß man in den Auseinandersetzungen mit der Unzahl von historisch begreiflichen, aber de lege lata deshalb noch nicht unbedingt richtigen Theorien über den Begriff der Rechtsgemeinschaft leicht an dem vorübergeht, was positive Gesetzesbestimmung und Verkehrserfordernis ist, muß diejenige Lehre betrachtet werden, welche die Kollektivgesellschaft als „relative" juristische Person bezeichnet, als juristische Person „zweiter Ordnung".[16]) Damit ist aber die Frage immer noch nicht entschieden, wer Subjekt der Rechte ist, welche die Gesellschaft unter ihrer Firma erwirbt, ob die Gesellschaft als solche oder die unter der Firma zusammengefaßte Gesamtheit der Gesellschafter.

Konsequenter folgt ein Teil der schweizerischen Theorie der immer mehr auf eine äußerliche Gleichstellung der Kollektivgesellschaft mit den als Rechtspersönlichkeiten anerkannten Kapitalgesellschaften tendierenden Entwicklung des Handelsrechts.[17])

Preuß. Landrecht, Teil III, tit. 8, Abschn. 7; Goldschmidt, System d. Handelsrechtes im Grundriß (1892), § 42; Laband, Ztschrft. f. Handelsrecht, Bd. 30 und 31 und die dort in Anm. 6 zitierten; Simon, ebendort, Bd. 24, S. 110/14; Regelsberger, ebendort, Bd. 14, S. 24 f.; Sohm, in Festschrift f. Windscheid 1888; Bekker, Pand. I, S. 216; Cosack, S. 480, 794; Behrend, § 73, S. 516; Lehmann, § 55; Bachmann, Anm. 1 zu Art. 552; Staub, Anm. 8 und 28 zu § 105; Düringer-Hachenburg, Anm. 2, 3 zu § 105; Anm. 1, 6 zu § 124; Makower, § 105, Ic, § 124, Ia; Müller-Erzbach, § 105, S. 178, 184; Feine, S. 48 f.; Jaeger, K. O. Anm. 10 zu § 209; Silberschmidt, in LZ 1925, S. 422 ff.; Amira, Vorlesungen; Zusammenstellung der ältern Literatur bei Hartmann, S. 6 ff.; der neueren bei Hagemann, der Eintritt eines Gesellschafters in die OHG, Jenaer Diss. 1911; Hamel, Rechtsnatur der OHG (Bonn 1928); Schönfeld, zur Konstruktion der OHG in Jherings Jahrb. 75 (1925), S. 333 f. — RG 3, No. 17; 17, S. 367; 43, S. 106; 54, S. 280; 61, S. 75; 68, S. 412; 79, S. 146; 82, S. 160; 106, S. 141; 107, S. 172; JW 1917, S. 288.

[15]) Anschütz und Völlderndorff, Komm. z. DH 1870, S. 5 f.; Windscheid, Pand. II, § 470, Anm. 2; Kohler, Ztschrft. f. Handelsrecht, S. 456 f.; derselbe, Archiv f. bürgerl. Recht 40, S. 229 f.; dagegen Lehmann, ebendort, S. 467; Wieland I, S. 396, 417, 613 f. der zurzeit als handelsrechtlicher Hauptvertreter dieser letzteren Lehre für das deutsche Reich zu gelten hat; — vgl. RG 106, S. 141; Schreiber, KG A (1925), S. 12 ff.

[16]) Gareis, allg. Teil BGB, 1900, S. 32 f., Vorbem. zu § 21; derselbe, DH Komm. § 124; Lehrbuch § 27, Anm. 5.

[17]) Vgl. zuerst die Mittelstellung zwischen Sozietät und juristischer Person bei Munzinger, Motive z. Entwurf 1865, S. 59/60, wo die Kollektivgesellschaft

Die richterliche Praxis steht ihr freilich noch ablehnend gegenüber [18]) und der Entwurf für das neue schweizerische Obligationenrecht nimmt zu der Frage nicht ausdrücklich Stellung.[19])

Daß das heutige Wesen der Kollektivgesellschaft sich nicht mehr mit dem Prinzip der gesamten Hand identifizieren läßt, scheint klar. Zu sehr ist dieses Rechtsinstitut den praktischen Bedürfnissen des Handelsverkehrs entsprechend ohne jede bewußte Anlehnung an deutschrechtliche Begriffe umgestaltet worden. Der Handelsverkehr verlangt rasches Handeln ohne langes vorheriges Anfragen bei den Mitgesellschaftern und eine prinzipielle Sicherung Dritter gegen deren eventuellen Widerspruch: dies widerspricht dem Wesen der Gesamthand, welches ein Mithandeln sämtlicher Beteiligter verlangt. Aus dem von der Rechtsordnung anerkannten Auftreten mehrerer Personen als Inhaber eines Handelsgewerbes ergibt sich ferner eine Zusammenfassung des Gesellschaftsvermögens zur Objektseinheit. Die Verselbständigung dieses Vermögens wird noch begünstigt durch das Bedürfnis der Scheidung der Gläubiger in solche des kaufmännischen und solche des Privatvermögens, wobei die ersteren den Vorrang vor den letzteren haben bei der Befriedigung aus den Aktiven des Gesellschaftsver-

als „juristische Einheit" bezeichnet wird; ebendort S. 68/70 und S. 83; ferner Hafner, Komm. zu Art. 678; Haberstich, II, S. 375; Rossel, S. 637/39; Jacottet, S. 312; Siegmund, S. 210, 243; Heusler, in Ztschr. f. schw. Recht, Bd. 30, Abschn. I; Zeller spricht sich in Anm. 1 zu Art. 552 entschieden gegen die Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit aus; ebenso Hartmann a. a. O. und Huber, Bericht, S. 11; — dafür: Egger, Vorlesungen; derselbe, Prot. Exp. Komm., S. 17; Wieland i. Ztschr. f. schw. Recht, n. F., Bd. 41, S. 111; bedingt Haff in schw. J. Ztg. 1920/21, S. 145; Fick, ebendort 17. Jahrg., S. 21; N. Z. Z. 1920, No. 2065.

[18]) Das einzige Urteil, das der Kollektivgesellschaft nach außen juristische Persönlichkeit zuschreibt, ist BE 2, S. 316; alle andern sprechen sich dagegen aus. BE 16, S. 154: „Die Gesellschafter sind die Geschäftsherren"; BE 17, S. 559: „Die Kollektivgesellschaft ist nur eine „vertragliche (gesellschaftliche) Vereinigung bestimmter Personen", das Vermögen der Gesellschaft ist in Tat und Wahrheit Vermögen der Gesellschafter"; ferner BE 24 II, S. 734; 29, II, S. 655; 39 I, S. 298; 41 III, S. 333; 42 III, S. 391; 45 II, S. 301 und dortige Zitate; Blätter XIX, 96; XX, 118; XXI, 96; XXIV.

[19]) Prot. Exp.-Komm., S. 14 f. Spez. Votum Egger, S. 17. Als Gesamthandsverhältnis wird die Kollektivgesellschaft auch von v. Tuhr aufgefaßt, vgl. OR II, S. 678, Anm. 18.

mögens. Diesem Bedürfnis liegt die vom Gesetz durch die Buchführungspflicht und Bestrafung des Bankrottes sanktionierte Anschauung zu Grunde, daß zu unterscheiden ist, ob ein Kaufmann als Angehöriger dieses Standes Kredit erhält oder als bloßer Privatmann. Die saubere rechtliche Trennung zwischen dem Vermögen der Gesellschaft und dem der Gesellschafter ergibt sich auch aus dem Gesetz (OR 566/67, E 570/71, DH 122; OR 569/71, E 572/73; analog für die Kommanditgesellschaft OR 603, 610, DH 171, OR 607/8, E 613/15, DH 161). Die deutsche und schweizerische Praxis haben das Gesellschaftsvermögen trotzdem nicht einem von den Gesellschaftern verschiedenen Rechtssubjekte zugeschrieben. Unter diesem Gesichtspunkt müßte man umgekehrt aber auch bei der heute anerkannten extremen Form der Aktiengesellschaft, der one-man-company, nach der Berechtigung der gegenteiligen Auffassung fragen.

Daß auch die Schulden der Gesellschaft nur solche der Gesellschafter sind, ist eine weitere Konsequenz der von der herrschenden Meinung vertretenen Lehre. Voraussetzungen und Inhalt der beiden Schuldverhältnisse sind aber verschieden. Die einzelnen Gesellschafter schulden nur das Interesse, ihre „Schuld" soll den Gläubigern nur ihre Haftung vermitteln, die für die Gläubiger einzig relevant ist.

Abgesehen von der Selbständigkeit des Vermögens besitzen aber die Kollektivgesellschaft und die Kommanditgesellschaft die wichtigsten Rechte einer Rechtspersönlichkeit. Deren Zuerkennung wird von der Rechtsordnung in erster Linie an die relativ einheitliche Gemeinschaft geknüpft, welche aktuelle und potenzielle Rechtsbeziehungen auslöst. Deutsches und schweizerisches Recht betonen übereinstimmend vor allem das potenzielle Element dieser Rechtssubjektstellung: beide Gesellschaften sind vermögens- und prozeßfähig (OR 559, E 562, DH 124; OR 597, E 602, DH 124). Nun liegt aber das praktisch bedeutsamste Moment der juristischen Persönlichkeit nicht auf zivilrechtlichem, sondern auf prozessualem Gebiete, die aktive und passive Parteifähigkeit ist ihr wichtigstes Kriterium. Die Kollektivgesellschaft wird als solche als Prozeßpartei behandelt, ein Wechsel ihrer Gesellschafter während der Dauer des Prozesses hat auf diesen keinen rechtlichen Einfluß.

Das Urteil stellt eine eventuelle Schuld der Gesellschaft nur gegen diese fest, die Gesellschafter können sich als Nebenintervenienten sogar am Prozesse beteiligen, ein eventueller Konkurs über sie wird gesondert von dem der Gesellschaft durchgeführt.

Kollektiv- und Kommanditgesellschaft entstehen analog den juristischen Personen[20]: schon vor dem Eintrag in das Handelsregister, wenn sie ein Handelsgewerbe betreiben (OR 552, E 552, DH 105; OR 590, E 594, DH 161), ähnlich den Vereinen nach ZGB 60 und den andern nicht eintragspflichtigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen nach ZGB 52, Abs. 2; erst mit dem Eintrag in das Handelsregister, soweit sie andern als Handelszwecken dienen (OR 552, Abs. 3, E 553; OR 590, Abs. 3, E 595), ähnlich den übrigen juristischen Personen nach ZGB 52, Abs. 1 (spez. OR 623, 676, 678; E 641, 771; DH 200). Beide Gesellschaften endigen wie die juristischen Personen durch Konkurs oder Liquidation (OR 572/73, E 574, DH 131 f.; OR 580 f., E 582 f., DH 145 f.; OR 608, E 615, DH 161; OR 611, E 618, DH 161). Die Auflösung durch den Wegfall eines Gesellschafters ist eine nur dispositive Regelung. Infolge Erbgang und vertraglicher Weiterführung der Gesellschaft kann diese zuletzt sehr viele Mitglieder umfassen — RG 30, S. 60 erwähnt als Beispiel eine Kollektivgesellschaft mit 159 Mitgliedern —, in welchem Falle die Anerkennung der juristischen Persönlichkeit schon aus rein praktischen Gründen geboten erscheint.

Analog den Handelsgesellschaften mit anerkannter Rechtspersönlichkeit und den übrigen juristischen Personen nach ZGB 55 erwerben Kommanditgesellschaft und Kollektivgesellschaft ferner Rechte und gehen Verbindlichkeiten ein durch die zur Vertretung befugten Personen (OR 560, E 563, DH 125; OR 598, E 603, DH 170). Weitere mit denen der juristischen Person übereinstimmende formale Merkmale sind die eigene Firma, der eigene Sitz und eigene Gerichtsstand.

Als entscheidender Grund gegen die Zuerkennung der juristischen Persönlichkeit kann auch nicht der Mangel an „Organen" gelten, deren unerlaubte Handlung die Gesellschaft ver-

[20]) Vgl. Wertheimer, S. 24 f. und dort zit. Literatur.

pflichten würden. Auch ohne solche eigentliche Organe hat die Praxis längst die Haftung der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft für ihre Mitglieder anerkannt, eine Entwicklung, die vom Entwurf in Art. 567 sanktioniert worden ist.

Der Haupteinwand, der gegen die Anerkennung der beiden Handelsgesellschaften als Rechtspersönlichkeiten im Verkehr erhoben wird, ist die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter. Abgesehen davon, daß im schweizerischen Recht diese Haftung eine nur subsidiäre ist, die dominierende Stellung der Gesellschaft also auch hier zum Ausdruck kommt, müßte, falls dieser Einwand begründet wäre, auch der Genossenschaft die Rechtspersönlichkeit abgesprochen werden, denn auch deren Mitglieder haften grundsätzlich unbeschränkt. Die beschränkte Haftung der Genossenschafter wird vom Gesetz als Ausnahmefall behandelt.[21]) Die weitere Entwicklung des Genossenschaftswesens hat zwar ein stetes Zurückweichen der unbeschränkten Haftung mit sich gebracht, die eine bloße Belastung der Genossenschaft bedeutet, ohne in den meisten Fällen den Kredit derselben wesentlich zu erhöhen. Denn die Genossenschaft besteht in der Regel aus kleinen Leuten, deren Privatvermögen keine große Garantie geben kann, ferner ist der Mitgliederwechsel so frei und die Haftung nur auf relativ kurze Zeit nach dem Austritt beschränkt, daß in praxi das Genossenschaftsvermögen allein die Kreditfähigkeit der Genossenschaft bestimmt. Aber die wirtschaftliche Ausgestaltung einer rechtlichen Konstruktion kann diese nicht in der Weise beeinflussen, daß je nach der beschränkten oder unbeschränkten Haftpflicht der Genossenschafter juristische Person angenommen oder abgelehnt werden kann. Eine einheitliche juristische Regelung mußte getroffen werden und die Gesetzgebung hat sich mit Recht für die Anerkennung der juristischen Persönlichkeit der Genossenschaft ausgesprochen, ohne Rücksicht auf diese Haftung der Genossenschafter. Also kann auch die unbeschränkte Haftbarkeit der Kollektivgesellschafter die Rechtsnatur ihrer Gesellschaft nicht entscheidend bestimmen.

Als einzige praktische Unterschiede zwischen Kollektiv- und Kommanditgesellschaft und den als juristische Personen von Theorie

[21]) Vgl. nun dagegen E, Art. 856.

und Praxis anerkannten Handelsgesellschaften bleiben nur zwei: das auch durch die Existenz der Firma nicht erloschene Vertragsverhältnis unter den Gesellschaftern und die Klagemöglichkeit zwischen ihnen im Gegensatz zu der nur indirekten Verbindung der Aktionäre und Genossenschafter unter sich als Mitglieder der juristischen Person, als welche sie nicht untereinander klagen können.[22])

Gegenüber den Analogien scheinen diese Unterschiede aber auf keinen Fall so relevant, daß sie eine Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit von vornherein ausschließen würden.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft sich allerdings nicht zwingend aus dem Rechtsinhalt der beiden Gesellschaften ergibt, daß sie aber eine rechtliche Anerkennung ihrer vielfachen praktischen Gleichbehandlung mit der juristischen Person bedeuten würde, ein technisches Mittel, eine rationellere Gestaltung des Rechtsverkehrs, gegen welche keine wichtigen juristischen Argumente sprechen. Auch für die Steuergesetzgebung und für das Strafrecht wäre diese Lösung vereinfachend. Die Rechtssprechung käme nicht mehr in den Fall, Fragen, für welche die Rechtsnatur der beiden Gesellschaften von Bedeutung ist, statt nach positiven Gesetzesbestimmungen oder nach Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit auf Grund eines begrifflichen Gegensatzes zu entscheiden, der wohl über die verschiedene Entstehung von Personal- und Kapitalgesellschaften etwas aussagt, der aber heute, da die ersteren sich den letzteren gemäß den Bedürfnissen und Usancen des Handelsrechtes wesentlich angenähert haben, willkürlich hineingetragen wird.

Für die Theorie endlich würde eine Entscheidung der Rechtssprechung oder der Gesetzgebung in diesem Sinne den Vorteil haben, daß damit die vielfach empfundene Notwendigkeit wegfallen würde, eine Unterscheidung zu machen zwischen Verbandseinheiten, bei welchen eine vollständige Trennung von körperschaftlichem Rechtssubjekt und Mitgliedern stattfindet, d. h. juristischen Personen erster Ordnung, und Verbandseinheiten, bei

[22]) Vgl. Huber, Bericht, S. 11/12.

denen diese Trennung nicht oder nicht vollständig stattfindet, d. h. juristischen Personen zweiter Ordnung, relativ juristischen Personen.[23])

Es wird für die Untersuchung unserer Frage also möglich sein, auch die Personalgesellschaften in dem Sinne der Aktiengesellschaft gleichzustellen, daß prinzipiell für beide die Fragestellung die gleiche ist, mit Berücksichtigung allerdings der sich aus den internen Rechtsverhältnissen der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft ergebenden Besonderheiten.

Die beiden Personalgesellschaften des geltenden Handelsrechtes gegeneinander abzugrenzen, liegt hier kein Anlaß vor. Soweit die Verschiedenheit ihrer Formen für die Untersuchung unserer Frage von Belang ist, werden Hinweise darauf sich von selbst ergeben.[24])

II. Die Kapitalgesellschaften.

1. Wie die Gesetzgebung aller modernen Rechtsstaaten anerkennt auch das schweizerische Privatrecht die kapitalistisch organisierten Handelsgesellschaften und die Genossenschaften, d. h. diejenigen Personenverbände, welche gemeinsame Zwecke des wirtschaftlichen Verkehres verfolgen, als selbständige Rechtspersönlichkeiten an, freilich erst mit dem Eintrag ins Handelsregister. Die Formel, welcher sich herkömmlicherweise alle neueren Gesetze bedienen, um diesen Handelsgesellschaften das Attribut der juristischen Persönlichkeit beizulegen, ist diejenige des Art. 625 OR: „Die Aktiengesellschaft hat selbständig ihre Rechte und Pflichten.“ [25])

[23]) Vgl. Gareis, a. a. O.; Haff, S. 239.

[24]) Vgl. S. 112 f.

[25]) Damit fällt auch die Ansicht Jherings dahin, daß Subjekte des Korporations- bezw. Anstaltsvermögens die jeweiligen Mitglieder oder die Destinatäre seien. Vgl. Jellinek, „System“, S. 244 ff.; Bernatzik, im Archiv f. öff. Recht V, S. 250 ff.; Herrnritt, Grundlehren des Verwaltungsrechts (1921), S. 195; über die Entstehung der juristischen Person Ferrara, S. 778 ff. — Ferner BE 24 II, 734. E 2; 42 III, S. 40; 44 II, S. 136; — über den aus Gründen der Verkehrssicherheit zur Erlangung der Rechtspersönlichkeit erforderlichen Eintrag ins Handelsregister BE 21, S. 1074; 24 II, S. 734, S. 847, E 3 und 4; 43 II, S. 26.

Art. 52 ZGB anerkennt zwei rechtliche Strukturen der juristischen Person: die Körperschaft und die Anstalt. Nach der im großen und ganzen übereinstimmenden Ansicht der Theorie liegt das Wesen dieser beiden Rechtsinstitute darin, daß die Körperschaft [26]) eine Mehrheit von natürlichen und juristischen Personen umfaßt, die sich in einer grundsätzlich freien Organisation zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zu einem von den einzelnen Mitgliedern unabhängigen konstanten Gebilde zusammenschließen,[27]) während die Anstalt im wesentlichen die Widmung eines Vermögens zu einem bestimmt festgelegten Zweck und mit unabänderlicher Organisation [28]) — im Rahmen freilich von ZGB 85 86 — darstellt, ohne Mitglieder und ohne Selbstverwaltung.[29])

Die Kapitalgesellschaften sind also ihrer Natur nach Körperschaften [30]) und als solche Träger der Persönlichkeit. Ein die Kapitalgesellschaften ganz besonders als Körperschaften kenn-

[26]) „Körperschaft", „Korporation", „Verbandspersönlichkeit", vgl. Beseler DPR, § 71; Gierke, GTh S. 5, 11 ff., 306 f.; ders. GR II, § 37; derselbe DPR, S. 474 ff.; Binder, S. 63 f.; Hölder, S. 156 f., 266 f.; Meurer, S. 5 f.; Cohn, S. 5 ff. und dort zit. Literatur; ferner Jhering, Geist d. röm. Rechts III, S. 331 f.; v. Tuhr, BGB I, S. 454, gebraucht den Begriff „Körperschaft" nur für die öffentlich-rechtliche juristische Person, im Gegensatz zum privatrechtlichen Verein. Vgl. zu dem Bedenken, die Kapitalgesellschaften trotz ihrer damit übereinstimmenden rechtlichen Struktur als „Vereine" zu bezeichnen S. 6.

[27]) Gierke, GR IV, S. 117.

[28]) v. Tuhr, a. a. O.; vgl. die Auseinanderhaltung von Körperschaft und Anstalt bei Bekker, Pand. § 60, Beil. II und bei Ferrara, S. 730 ff. und dort zit. Literatur.

[29]) Regelsberger, Pand. I, S. 296; Meurer, S. 31/32; Hölder, S. 245 f.; ferner Hafter, Ztschr. f. schw. Recht, NF, Bd. 25, S. 85 ff., 98 ff.

[30]) Theorie und Praxis sind beinahe einstimmig dieser Ansicht; vgl. speziell Gierke, GTh, S. 38 f. und dort zit. Literatur, DPR I, S. 627; Renaud, § 9 ff.; Laband in Goldschmidt's Ztschr., Bd. 30, S. 496 ff.; Krückmann, in Gruchots Beitr. Bd. 37, S. 247, sieht in der Aktiengesellschaft sogar zwei juristische Personen, nämlich eine juristische Person des Vermögens und die vermögenslose Korporation der Aktionäre; früheste Entscheide der Judikatur BE 1, S. 19, 25; RG in Strafsachen 8, S. 133, in Zivilsachen 5, S. 24. — Dagegen Meurer, S. 98 ff., der den Kapitalgesellschaften nur formelle Rechtsfähigkeit zugestehen will, weil ihre innere Struktur gegen die juristische Persönlichkeit spreche; ebenso v. Canstein, Lehrb. d. österr. Handelsrechts I, S. 433 f., 439 f., 443 f., der sie für ein Gesamthandverhältnis hält und Thöl I, § 49 ff., der sie als röm.-rechtliche societas bezeichnet.

zeichnendes Merkmal ist, daß die Mitglieder der Körperschaft ein Anteilsrecht an deren Vermögen haben, sodaß dieses letztere zwar formell selbständig ist, aber materiell, dem Werte nach, sich im Vermögen der Mitglieder wieder findet.

Während darüber Einigkeit herrscht, daß die menschlichen Verbände, wie sie auch immer beschaffen sein mögen, Rechtspersönlichkeit nur vom objektiven Recht erlangen können, gehen die Meinungen über das Substrat dieser Rechtspersönlichkeit, über das Wesen der juristischen Person, weit auseinander. Die Behandlung einer Frage, die mit der Natur der Aktiengesellschaft als juristischer Persönlichkeit eng verknüpft ist, erfordert deshalb eine kurze Untersuchung der Grundzüge der Lehre von der juristischen Person.

Der erste große Versuch, die juristische Person begrifflich zu begründen, geht auf Savigny zurück, der den Terminus „juristische Person" im modernen Recht eingebürgert hat. Wie die ganze Rechtsphilosophie in jener Epoche basiert er auf einem Grundbegriffe der kantischen und nachkantischen Philosophie: auf der Persönlichkeit im ethisch-philosophischen Sinne.[31]) Das Wesen der Rechtsordnung besteht nur in der Erhaltung dieser Persönlichkeit, es ist nur ihr Mittel, sein Subjekt kann also nur der Mensch sein, die Ausübung des Rechts ist nur Betätigung des Individualwillens im ethischen Sinne. Rechtspersönlichkeit deckt sich also mit der ethischen Persönlichkeit. Daß, wenn die Rechtsfähigkeit auf irgend etwas außer dem einzelnen Menschen übertragen wird, dies nur eine künstliche Fingierung eines Rechtssubjektes sein kann,[32]) ist nur die logische Konsequenz des Versuchs, das ganze

[31]) Vgl. Kant, Fichte, Hegel. Für das Recht: Jhering, Geist d. röm. Rechts III, S. 328; Karlowa, in Grünhuts Ztschr. 15, S. 381; Meyer, die Romantiker und das Recht 1869, S. 21 f.; Literatur bei Gierke DPR, S. 463/64; ferner die historische Zusammenstellung der Theorien über die juristische Person bei Ferrara, S. 20 ff.: über ihre Geschichte Foustel de Coulanges, la cité antique II, ch. 7. Egger, Anm. 3 zu Art. 12 ZGB; Anm. 1 zu Art. 52 ZGB; Anm. 11, Vorbem. zu Art. 52 ff. ZGB.

[32]) Savigny, System I, S. 7, 331/34; II, S. 1/2; IV, S. 103, 258; ebenso die Savignyschüler Puchta, Pand. S. 36, 40; Instit. I, § 1, § 2, § 4 und Windscheid, Pand. I, § 37, § 49; ferner Laband, zur Dogmatik der Handelsgesellschaften a. a. O., S. 498 ff.

Privatrecht aus dem Gesichtspunkt der ethischen Persönlichkeit zu begreifen und so auf eine einheitliche theoretische Grundlage zu stellen.

Auch die nachfolgenden Theorien lassen nur den Menschen als Rechtssubjekt gelten, ob sie nun, wie Brinz,[33]) die juristische Person nur als bloßes Zweckvermögen auffassen, oder ob sie, wie Jhering,[34]) nicht mehr in der ethischen, sondern in der wirtschaftlichen Persönlichkeit des Menschen die Grundlage seiner juristischen Persönlichkeit erblicken, das Recht nur noch als wirtschaftliche Kategorie gelten lassen und als seinen Zweck die Verschaffung von Genußmöglichkeiten für den Menschen.[35])

Gegen diese Fiktionstheorien, nach denen die Persönlichkeit der juristischen Personen vom Recht erst erzeugt werden muß und nur für dasselbe vorhanden ist, also nur juristische Wirklichkeit besitzt, erhebt sich die zweite große Lehre, die das Wesen der menschlichen Verbände als Lebensträger, „Organismen" zu fassen versucht,[36]) welcher Begriff eine bloße Abstraktion der Wirklichkeit ihrer Existenz sein soll, die vom Recht schon vorgefunden wird, unabhängig von ihm besteht, als lebendige, psychophysische Lebenseinheit[37]) mit eigenem Willen. Die Wirkungen dieser Gemeinschaft sind spezifischer Art, nicht nur eine bloße Summierung individueller Kräfte, sodaß die Gesamtleistung eine den Teilleistungen gleichartige, nur quantitativ gesteigerte Größe ist.[38]) So wenig wie die juristische Person eine Schöpfung des objektiven Rechtes ist, so wenig entsteht sie im Gebiete des Individualrechtes. Sie geht hervor aus einem sozialrechtlichen Kon-

[33]) Brinz, Pand. (1. Aufl.) S. 30, S. 979 f., S. 990/93.

[34]) Jhering, Geist des röm. Rechts, III, S. 311 f., 330 ff., 356/58.

[35]) Vgl. dazu Binder, S. 26; Zitelmann, S. 12 ff.; Haff, S. 37 ff.

[36]) Vgl. zu dieser Lehre Regelsberger, Pand. I, S. 289 ff.; Dernburg, Pand. I, § 59; im folgenden soll hauptsächlich nur der Hauptvertreter der Organtheorie zitiert werden: Gierke, vgl. speziell Rede, S. 19; Geschichtliches DPR, S. 456 ff.; derselbe ferner in Holtzendorffs Rechtslexikon II, S. 420 ff.

[37]) Gierke, DPR, S. 471/72, S. 479; Rede, S. 12, 24, 36.

[38]) Gierke, Rede, S. 21.

[39]) Gierke, DPR, S. 483/86; Regelsberger, § 77, VI.

stitutivakt,[39]) einem schöpferischen Gesamtakt,[40]) ist also auf keinen Fall dem Begriff eines Rechtsgeschäftes zu subsumieren.[41])

Für das rechtswissenschaftliche Problem kommen nur die rechtlich organisierten Gemeinschaften in Betracht. Durch Rechtssätze wird die Gliederung des Organismus geordnet. Indem diese anordnen, daß und unter welchen Voraussetzungen in den Lebensäußerungen bestimmter Glieder oder Gliederkomplexe die Lebenseinheit des Ganzen zur rechtlichen Erscheinung gelangt, stempeln sie den Begriff des Organs zum Rechtsbegriff. Dieser ist von spezifischer Art und nicht mit dem Begriff des Stellvertreters zu verwechseln, dessen eine handlungsunfähige Person bedarf.[42]) Denn in der Funktion des Organs innerhalb seiner Kompetenz tritt unmittelbar die juristische Person selber in Erscheinung. Wie das Auge sieht oder der Mund spricht oder die Hand greift, offenbart sich die juristische Person dadurch als „wahrnehmende und urteilende, wollende und handelnde" Lebenseinheit.[43])

Aus diesem unmittelbaren Handeln der juristischen Person folgt ihre Deliktsfähigkeit,[44]) und die Möglichkeit der Anwendung aller Vorschriften des Privatrechtes, die nicht natürliche Eigenschaften zur Voraussetzung haben, auf sie.

Viele der neueren Privatrechtskodifikationen haben sich auf den Boden der Gierke'schen Theorie gestellt,[45]) noch heute ist sie auch in der Literatur sehr stark verbreitet. Die ihr als allgemeiner Rechtssatz zugrunde liegende Forderung, daß die Wirklichkeit sich im Recht spiegeln, das Recht die Wirklichkeit anerkennen solle,[46]) ist eine unerschütterliche begriffliche Basis. Die „An-

[40]) Gierke, Rede, S. 31.

[41]) Gierke, GTh, S. 121 ff., S. 133 ff.; DPR, S. 486; Rede, S. 26.

[42]) Savigny, System II, S. 294; Windscheid, Pand. I, S. 235; vgl. v. Tuhr, BGB, S. 461; Meurer, S. 156; ferner die Literatur auf Seite 38, Anm. 1.

[43]) Gierke, DPR, S. 471 und dortige Literatur; GR IV, S. 29, 218 f., 308 f.; Rede, S. 25; Karlowa in Grünhuts Ztschr. 15, S. 418; Oertmann in Archiv f. bürgerl. Recht 10, S. 192; derselbe Komm. BGB, § 26, Anm. 5a; Preuß. in Jherings Jahrb. Bd. 8, S. 445.

[44]) Gierke, Rede, S. 26, S. 29.

[45]) Vgl. die betr. Bestimmungen des ZGB, Art. 54/55 und Hafter, in Ztschr. f. schw. Recht, NF 25, S. 65.

[46]) Gierke, Rede, S. 12.

thropomorphisierung" der juristischen Person, ihre behauptete Homologie mit dem natürlichen Organismus ist aber in anderem Sinne ebenso sehr Fiktion wie die Lehre Savignys. Es ist nicht sowohl eine begriffliche Abstrahierung von Relationen des Rechtslebens als ihre Vereinfachung durch ein Bild,[47]) ohne uns zu sagen, was sich hinter diesem anschaulichen Bilde verbirgt. Es ist eine Konstruktion, die zudem nicht mehr rechtlicher, sondern soziologischer und wirtschaftlicher Natur ist. Dieser Dualismus vereinigt abstrakt juristische und konkret biologische, also durchaus heterogene Vorstellungen in einem Begriffe. In der neueren Theorie hat die Organtheorie Gegner gefunden.[48]) Die Mystik, welche den Begriff des Organismus umgibt, ist unvereinbar mit der grundsätzlich begriffliche Klarheit fordernden juristischen Denkungsweise, die wenigstens durch die Plattheit rein empirischer Erklärungsversuche der juristischen Person nicht gestört wird.

Daß von dem ethischen Standpunkt der Fiktionstheorie wie von dem biologischen der Organtheorie aus ein der Natur des Rechts adäquater Maßstab für die Beurteilung des Wesens der juristischen Person nicht gefunden werden kann, scheint kaum zweifelhaft. Denn jede Fragestellung zeigt sofort die Unaustragbarkeit der Streitfrage auf rechtlichem Gebiete, weil es sich nur um eine Teilfrage des unausgetragenen rechtsphilosophischen Grundproblems handeln würde, ob das Individuum Anfang und Ende aller rechtlichen Dinge, oder ob auch überindividuellen Wesenheiten ein selbständiger rechtlicher Wert zuzuerkennen sei. So wird es leicht verständlich, wenn in dem Streit um das Wesen der juristischen Person auf der einen Seite die Romanisten und auf der andern Seite die Germanisten zu finden sind und die gleiche Frage die rechtsphilosophische Staatslehre in zwei große Parteien spaltet.[49])

[47]) Vgl. v. Tuhr, BGB, S. 461/62; Dernburg, Pand. § 66, II; Jellinek, „System", S. 37. Bloch, S. 30 f. und die dort zit. Literatur; Ferrara, S. 131 ff. Den prinzipiellen Unterschied vom rechtl. und natürl. „Organismus" verkennt auch Preuß, in Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, S. 157, 281.

[48]) Hölder, S. 42 f., 55 ff.; Bilder, S. 18 ff., 34 f., 53 f., 73 ff.; Meurer, S. 157; Bloch, S. 28; Zitelmann, S. 53 f.; die Wiener Rechtsschule vgl. S. 29, Anm. 49.

[49]) Vgl. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 23 ff.

Von einer prinzipiell andern Betrachtungsebene aus versucht die Wiener Rechtsschule[50]) der Lehre von der juristischen Person gerecht zu werden und sie von aus falscher Problemstellung resultierenden Elementen soziologischen oder psychologischen Charakters zu befreien. Obgleich ihre Theorie heute noch stark umstritten ist, ergibt deren Auffassung vom Wesen der Rechtsordnung doch die methodisch einheitliche Lösung einer Reihe von speziellen juristischen Problemen. Zum Verständnis ihrer Lehre von der juristischen Person muß deshalb kurz auf das ihr zugrunde gelegte System eingegangen werden.

Als Zentralbegriff aller juristischen Konstruktion erkennt Kelsen den *Rechtssatz*,[51]) aus dem sämtliche Rechtsbegriffe entwickelt werden und zwar nach denselben methodischen Prinzipien für alle Rechtsgebiete, weil alle auf eben diese gemeinsame Rechtsnorm als auf ihrem *Zurechnungspunkt* zurückgehen.[52]) Als normativ im ursprünglichen Sinne des Wortes gilt die Tätigkeit, welche autoritär Normen für ein Verhalten von Subjekten setzt. Die Rechtsordnung als eine Zwangsordnung besteht also aus zwangsanordnenden Normen, deren jede die Natur des ganzen Rechtes zum Ausdruck bringt.[53]) Weil die Wissenschaft aber nicht eine Willens-, sondern eine Denkfunktion ist, so ist auch die Jurisprudenz nicht normativ im Sinne einer rechtserzeugenden Gewalt, der Terminus muß in seiner abgeleiteten Form gebraucht werden, als Bezeichnung einer Denkform, die nicht wie die Naturwissenschaft das tatsächliche Geschehen in der Welt des Seins kausal erklären will, sondern die spezifisch der Welt des Sollens zugewendet ist, Normen erfassen will.[54]) In der rein normativen

[50]) Vor allem Kelsen, in seinen „Hauptproblemen der Staatsrechtslehre" und in seiner „Allgemeinen Staatslehre"; neben ihm Merkel, Ehrenzweig, Burckhardt, Baumgarten etc. Als Vorläufer der Wiener Rechtsschule kann in gewissem Sinne ein Teil der heutigen italienischen Doktrin bezeichnet werden; vgl. Orlando, diritto costituzionale, lezioni tenute nell'Università di Roma 1926; Salandra, diritto amministrativo, ebendort; Anzilotti, corso di diritto internazionale, p. 137, seg. Spec. i capitoli: „lo stato come persona giuridica" e „gli organi dello stato".

[51]) Kelsen, „Hauptprobleme", S. 97 ff., 189 ff., 212 ff., 245 ff., 311 ff.

[52]) Kelsen, „Hauptprobleme", IX, S. 11 ff.

[53]) Kelsen, S. 47.

[54]) Kelsen, „Hauptprobleme", VI.

und rein formalen Betrachtungsweise und der Eliminierung jedes explikativen Standpunktes[55]) sieht Kelsen die einzige Möglichkeit, einmal dem Wesen der Jurisprudenz gerecht zu werden, ihre Grenzen gegen Soziologie und Psychologie zu wahren, und zudem die juristische Konstruktion möglichst zu beschränken und zu vereinfachen. Wesentlich ist die Rechtsordnung nicht ein Imperativ, sondern ein System hypothetischer Urteile,[56]) weil an rechtlich erhebliches Geschehen, d. h. an menschliches Verhalten oder an den dieses bedingenden Tatbestand außermenschlicher Ereignisse bestimmte Folgen geknüpft werden,[57]) die auch widerstrebendes subjektives Individualwollen dem Sollen der objektiven Ordnung, d. h. dem Rechtssatze, einfügen.[58]) Nicht nur das rechtmäßige menschliche Verhalten ist gesollt, sondern auch der Zwangsakt. Das mit diesem rechtssatzmäßig verbundene, ihn bedingende Unrecht wird ebenfalls als Teil des gesamten, den Zwangsakt bedingenden Tatbestandes mitbegriffen[59]) und durch die sogenannte *periphere Zurechnung*[60]) von der konkreten Teilrechtsordnung und zuletzt vom Oberbegriff der Gesamtrechtsordnung umfaßt.

Kehren wir zu unserer Frage zurück. Wie alle Dinge, so ist auch der *physische* Mensch der Biologie für das Recht irrelevant, dieses erfaßt ihn nur als *juristische* Person, d. h. als Relation zu den Rechtsobjekten. Rechtssubjekt sein heißt in der durch den Rechtssatz gegebenen Beziehung stehen, die wir ein subjektives Recht oder eine subjektive Pflicht nennen.[61]) Nur als Inhalt des Rechtssatzes geht der Mensch in das Recht ein.[62]) Mensch und Person sind rechtlich durchaus verschieden, das zweite ist eine

[55]) Kelsen, „Hauptprobleme", S. 33 ff.

[56]) Kelsen, S. 54/55.

[57]) Vgl. über den bedingten Zwangsakt, Kelsen, S. 48, über den bedingenden Tatbestand, Kelsen, S. 51 f.

[58]) Vgl. über das Sollen als „inneren" Zwang und den als Inhalt der Norm gesetzten Zwangsakt als „äußeren" Zwang, Kelsen, S. 23.

[59]) Kelsen, S. 52.

[60]) Kelsen, S. 48/50, über Zurechnung und Willen, Kelsen, S. 65/66.

[61]) Vgl. Hölder, S. 1 f.; Binder, S. 50 ff.; Ehrenzweig, System des österr. allg. Privatrechts (1925) I, S. 171 ff.; Kelsen, S. 7, 48, 62 ff., 70, 75, 188, 212, 248.

[62]) Kelsen, S. 63.

Eigenschaft, das erste ein Ding, das diese Eigenschaft hat. Während aber beim Menschen als „Person" des Rechts naturgemäß nur einzelmenschliches Verhalten rechtserheblich zum Ausdruck gelangt, wird bei der „juristischen Person" als dem durch gewohnheitsmäßige Begriffsverengerung mit diesem speziellen Terminus bezeichneten anonymen Gegenstand der Rechtserkenntnis das Verhalten mehrerer „Personen" in Bezug auf einen grundsätzlich bleibenden Zweck geordnet. Als das Substrat dieser Einheit sind wiederum Rechtsnormen begriffen. Die juristische Person ist also wiederum ein Stück des objektiven Rechts, eine irgendwie begrenzte, nur relativ selbständige Teilrechtsordnung,[63]) nicht eine physische oder psychische Einheit. Keine Behauptung einer Realität im Widerspruch zur Wirklichkeit muß das Wesen der juristischen Person erklären, sie wird als Rechtsbegriff in die Sollsphäre verwiesen.[64]) Kraft der objektiven Ordnung des Rechtssatzes werden die „Personen", welche durch die Teilordnung der juristischen Person und durch ihren Zweck verbunden sind, gegenseitig berechtigt und verpflichtet.

Sowohl die „Person" des Menschen als Rechtssubjekt wie die „juristische Person" im engeren Sinne bedeuten also eine Einheit der Teilrechtsordnungen, die sogenannte *Personifikation* bestimmter Rechtsnormen,[65]) gleichgültig, ob sie das Verhalten eines einzigen oder mehrerer zweckverbundener Menschen zum Inhalt haben, ob dieses Verhalten in einer Berechtigung oder in einer Verpflichtung besteht oder sich sonstwie rechtserheblich äußert.[66]) Pflichten und Rechte der juristischen Person sind nicht loszulösen von denen der sie „bildenden" Menschen, weil sie als rechtliche Wertung

[63]) Kelsen, S. 64.

[64]) Kelsen, S. 6 f., S. 8, 14 ff.; „Hauptprobleme", VI.

[65]) Kelsen, S. 63, 66 ff. Ein allgemeines Motiv zur Normenpersonifikation liegt auch in der konkreten Sphäre des Seins, weil man sich dort nicht selten auch einer solchen bedient. Man läßt den Vertrag fordern, fordert namens des Vertrages, als Vollstrecker, Organ gleichsam dieser objektiven Ordnung. dasjenige, woran man höchstselbst interessiert ist, besonders dann, wenn die vereinbarte Vertragsordnung ein Verhalten statuiert, das gegen die Normen der Moral, der Billigkeit, der Liebe usw. verstößt. Der Vertrag, nicht Shylock, ist grausam.

[66]) Kelsen, S. 48 ff., S. 63, S. 65 ff., S. 72, S. 248, S. 246, S. 310 ff.

des Verhaltens derselben innerhalb des Teil- bezw. Gesamtsystems ihren Platz finden. Nur in dem Sinne hat also die juristische Person Rechte und Pflichten, in dem eben ein System von Rechten und Pflichten solche enthält. Sie wird infolgedessen anders berechtigt und verpflichtet als die Menschen, deren Verhalten ihr nur zugerechnet werden kann.[67]) Denn, weil nur das Verhalten von Menschen Inhalt von Rechtssätzen sein kann, das Rechtssubjekt nur Beziehungspunkt für diese Inhalte ist und weil nur Menschen durch die Rechtsordnung zu einem bestimmten Verhalten veranlaßt werden können, so können auch nur Menschen zum Eingehen von Rechten und Pflichten qualifiziert sein, nur sie *Persönlichkeit* haben, nicht aber die Gemeinschaften, deren „Haben" von Rechten und Pflichten ein ganz anderer Begriff ist. Daß die juristische Person eine von den ihr Substrat bildenden Personen verschiedene Realität hat, resultiert nur daraus, daß ihr nur ein bestimmtes, durch den Körperschaftszweck bedingtes Verhalten dieser Personen zugerechnet wird, und daß sie als verpflichtende Ordnungseinheit dieses jeweiligen individuellen Verhaltens über ihren Angehörigen steht.[68]) Für diese normative Betrachtungsweise verschwindet deshalb auch jeder Gegensatz zwischen der Willensäußerung des *biologischen* Einzelmenschen und derjenigen der *juristischen* Person im engeren Sinne,[69]) weil die psychische Willensäußerung des Einzelmenschen als eines bloßen Teils der Teilrechtsordnung „juristische Person" wiederum nur Inhalt der diese bildenden Normen ist. Wenn das Gesetz bestimmt, eine juristische Person als solche könne klagen, so ist dies nur die Abstraktion der dieser Bestimmung zugrunde liegenden Vorstellung, daß damit die betreffende Teilrechtsordnung zur Designation desjenigen Menschen ermächtigt wird, der die Klage zu erheben hat, der als konkreter Mensch vor Gericht erscheint, dessen Willensäußerungen aber auf Grund der Teilordnung als Akte der juristischen Person gedeutet werden. Die Anerkennung

[67]) Kelsen, S. 70.

[68]) Vgl. die Ausführungen Kelsens, S. 7/8, 66, über den „Staat als soziale Realität", spez. die „Wechselwirkung".

[69]) Vgl. die Lehre der Germanisten, spez. Gierke, GTh, S. 180, S. 182 ff.; Regelsberger, Pand. I, S. 303, 305 ff.

einer „Persönlichkeit", d. h. die Qualifikation zur Setzung von berechtigenden oder verpflichtenden Tatbeständen, kann also nicht nur deshalb den Gemeinschaften nicht „verliehen" werden, weil diese der Rechtsordnung nicht in dem Sinne gegenüberstehen wie der Mensch, sondern weil diese „Persönlichkeit" überhaupt nicht von der Rechtsordnung verliehen wird, da sie nur die Einheit einer Ordnung der Zurechnung ist, nur ein Denkbehelf der Rechtserkenntnis.[70])

Wie schon der Vertrag über ein konkretes Rechtsgeschäft einen *Gesamtwillen* bezw. Ausdruck für die Teilordnung des Vertrages aufweist, der „über" dem psychischen Willen der Kontrahenten steht,[71]) so bleibt auch in der juristischen Person das zu ihrem Substrat gehörige Objekt an ihre Ordnung gebunden, auch wenn es seinen Willen ändert, mit dem es ja nicht den Geltungsgrund, sondern nur die unmittelbare Geltungsbedingung der Norm gesetzt hat. Es ist deshalb auch irrelevant, ob zum Zustandekommen der Bedingung, unter die die Verpflichtung der Gemeinschaftsglieder von der Rechtsordnung gesetzt ist, oder zur Behebung einer Differenz zwischen dem individuellen Wollen der Seinsphäre und dem Gesamtwillen der Sollsphäre, ein einstimmig oder mehrstimmig gefaßter Beschluß nötig ist. Praktisch wird das Majoritätsprinzip[72]) die relativ größte Gewähr gegen Diskrepanzen zwischen Individual- und Gemeinschaftswillen geben, weil der Einzelne bei einer Änderung seines Willens nicht alle andern Gemeinschaftsglieder ebenfalls dazu veranlassen muß, um eine konforme Änderung des Gesamtwillens zu erreichen, sondern nur die Hälfte.

[70]) Kelsen, S. 66/68.

[71]) Kelsen, S. 66. Von der Vertragsordnung eines Konkreten, nur einmaliges gegenseitiges Verhalten der Paziszenten statuierenden Rechtsgeschäftes „führt eine kontinuierliche Reihe mannigfaltigster Teilordnungen oder Teilverbände über Gesellschaft, „Korporation", Verein, Genossenschaft, „Gemeinde" bis zu der Totalrechtsordnung, dem Gesamtverbande: Staat; und sofern man über der einzelstaatlichen Rechtsordnung noch eine alle einzelstaatlichen Rechtsordnungen als Teilsordnung zusammenfassende Völkerrechtsordnung gelten läßt: weiter zur Staatenverbindung und zu der Völkerrechtsgemeinschaft".

[72]) Vgl. über das Majoritätsprinzip, seine Annäherung an die Idee der Freiheit und über die Grenzen seiner Anwendung Kelsen, S. 322.

Hinsichtlich der objektiven Norm ergibt sich also weder durch das Majoritätsprinzip noch durch das Einstimmigkeitsprinzip eine Differenz, auch dann nicht, wenn die Gemeinschaft sich organisiert, d. h. sich durch „arbeitsteilig funktionierende Organe" betätigt. Trotzdem der Gesamtwille in diesem Falle nur durch diese Organe zum Ausdruck gebracht wird und prima facie verkörpert zu werden scheint, so ist die Verkörperung keine solche der Gründe oder Ursachen des Gemeinschaftswillens, sondern nur ein sichtbares Symptom des Individualwillens der Glieder, sich als durch die Teilrechtsordnung verpflichtet, dem Organbeschluß zu fügen.[73])

Sowohl die Fiktionstheorie wie die Organtheorie haben den Willen im psychologischen Sinne der Person zugerechnet. Damit sind sie in Widerspruch geraten mit der Rechtsordnung, die vielfach auch einen nicht gewollten Tatbestand der Person zurechnet.[74]) Diese Diskrepanz resultiert für die Kelsen'sche Lehre nicht. Wille ist für sie nur Ausdruck der Zurechnung, und zugerechnet wird nur der *gesollte*, d. h. in Norm gesetzte Tatbestand. Das Wollen der juristischen Person ist also nichts anderes als das von der Gemeinschaftsordnung Vorgeschriebene.

Diese Deutung der das Verhalten einer Gemeinschaft zum Inhalt habenden Norm als Wille, mit andern Worten die Personifikation dieses Normenkomplexes erklärt also rechtswesentlich die juristische Person. Bloß rechtsinhaltliche, d. h. von der jeweiligen positiven historischen Gesetzgebung und Gewohnheit bedingte Struktureigentümlichkeiten der juristischen Person sind für dieses ihr Rechtswesen grundsätzlich irrelevant. Nicht nur diejenige Gemeinschaft ist juristische Person, welche besonders deutliche Symptome für den „objektiven Geltungsgrund der rechtlichen Bindung der Glieder" aufweist. Arbeitsteilige Organisation und Majoritätsprinzip sind nur rechtsinhaltlich zu bewertende Begriffe.[75]) Ebenso

[73]) Kelsen, S. 69.

[74]) Vgl. z. B. OR, 55/56, OR, 101.

[75]) Der Rechtsinhaltsbegriff ist in diesem Sinne ein rechtstechnischer Begriff, der den typischen, konkreten Inhalt des Rechtssatzes enthält. Der Rechtswesensbegriff als Ausdruck für die Einheit der Rechtsordnung ist nur die Abstraktion des Wesens des Rechtssatzes an sich, der für die Darstellung des Rechtsstoffes selber entbehrlich sein kann.

ist auch die Beschränkung der vermögensrechtlichen Haftung von Gemeinschaften mit wirtschaftlichen Zwecken, die von Gesetzgebung und Praxis als kennzeichnendes Merkmal der juristischen Person gewertet wird, weil dadurch das Vermögen der Gemeinschaft von dem ihrer Glieder als selbständiges Vermögen unterschieden wird, kein rechtswesentliches Moment,[76]) obwohl dadurch eine prima facie begrifflich unbedingt erforderlich erscheinende Vereinfachung komplizierter Rechtsverhältnisse erreicht wird. Will man dem Begriff „juristische Person" nur dieses vermögensrechtliche Institut der Haftungsbeschränkung subsumieren, so muß man freilich zum Ergebnis der Fiktionstheorie gelangen, daß nur die konkrete Rechtsordnung den Charakter der juristischen Person „verleihe". Aber diese rein rechtsinhaltliche Anschauung kann keine juristische Person jenseits des Vermögensrechtes begreifen, und doch stoßen wir nicht nur im Privatrecht, sondern auch im öffentlichen Recht überall auf Gemeinschaften, die nicht nur als Analogien zu den „reinen" juristischen Personen des Privatrechtes gewertet werden können, sondern die ebenso wie die letzteren den ursprünglichen, die Einheit eines Rechtssystems bezeichnenden Rechtswesensbegriff personifizieren.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich auch rückschließend, daß der Streit um die Rechtsnatur der Personalgesellschaften des Handelsrechtes nur ein rechtsinhaltlicher ist, daß sie rechtswesentlich ganz zweifellos juristische Personen sind, weil eben die ihnen fehlende formelle Haftungsbeschränkung nur ein rechtsinhaltlich besonders relevantes Symptom ist, dem Rechtswesen aber keinen Eintrag tut. Das Ergebnis der kurzen, rein rechtsinhaltlichen Untersuchung der Personalgesellschaften, das die Wünschbarkeit und die Berechtigung einer formellen Anerkennung ihrer juristischen Persönlichkeit durch die Rechtsordnung de lege ferenda ergab,[77]) erhält also auch rechtswesentlich seine Bestätigung.

Zum Rechtsinhaltsbegriff der juristischen Person vgl. Max Weber, in Wirtschaft und Gesellschaft, S. 439: „Rechtstechnisch ganz entbehrlich ist nun der Rechtspersönlichkeitsbegriff überall da, wo einem Verband kein Vermögen zugewiesen ist. . ."

[76]) Kelsen, S. 69.

[77]) Vgl. oben S. 20.

Was die Kapitalgesellschaften anbelangt, so sind die rechtsinhaltlich besonders deutlichen Symptome ihrer juristischen Persönlichkeit die vermögensrechtliche Haftungsbeschränkung ihrer Mitglieder, die Festlegung schriftlicher Statuten, die arbeitsteilige Organisation mit bestimmter Regelung der Vertretungsverhältnisse und in den meisten Fällen das Majoritätsprinzip.[78])

Rechtsinhaltlich kann also die Differenzierung der Institutionen der verschiedenen Gesellschaftsformen sehr weit gehen. Rechtswesentlich bleiben sie als ein verhältnismäßig selbständiges System von Normen Normenpersonifikationen, Ordnungseinheiten bestimmter menschlicher Verhaltungsweisen.

Betrachten wir nach dieser Untersuchung des Wesens der Kapitalgesellschaften noch kurz ihre Formen. Während die beiden Personalgesellschaften eine Jahrhunderte zurückweichende Entwicklungsgeschichte hinter sich haben, die in allen Kulturländern im Großen und Ganzen verwandte Züge aufweist, sind die Kapitalgesellschaften, abgesehen von ihren Vorläufern, den privilegierten Handelskompagnien und den verzinslichen Staatsanleihen mit indirekter Abgabenerhebung, im Wesentlichen Gebilde des 19. Jahrhunderts und seiner wirtschaftlichen und industriellen Entwicklung.[79]) Vor allem die Aktiengesellschaft hat die zunächst im Vordergrund stehende Kommanditaktiengesellschaft — deren theoretisch scheinbar idealen Verknüpfung des individuell-persönlichen Momentes bei der Kommanditgesellschaft und der auf viele Personen verteilten beschränkten Haftung bei der Aktiengesellschaft ihre praktische Beliebtheit nie entsprach[80]) — in kurzer Zeit verdrängt und ist das vorzüglichste Mittel für die Expansion der modernen kapitalistischen Wirtschaft geworden. Die G. m. b. H., eine Art von Kollektivgesellschaft, bei der die Haftung der Gesellschafter aber zahlenmäßig beschränkt ist, ist eine in der Praxis trotz manchen Auswüchsen im Großen und Ganzen bewährte Rechtsform, die ohne unmittelbares Vorbild von deutschen Juristen und Wirtschaftern in den Neunziger Jahren geschaffen wurde[81]) und auch im schweizerischen Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24—33 des Obligationenrechtes Aufnahme gefunden hat.[82]) Sie ist gedacht als eine Gesellschaftsform, in der die Persönlichkeiten, welche das Kapital hergeben, auch mit demselben unmittelbar verbunden bleiben und es fruchtbar machen können, dabei aber doch nur einer beschränkten Haftung ausgesetzt sind. Der weitgehende Spielraum, den das Gesetz durch die Aufstellung von nur wenigen Essentialien des Gesellschaftsvertrages der statutarischen Ordnung der G. m. b. H. läßt und die daraus resultierende große Anpassungsfähigkeit an die Bedürfnisse des modernen Wirtschaftsverkehrs haben die G. m. b. H. noch mehr als die Aktiengesellschaft zur beliebten Rechtsform neuer Gesellschaftsverbindungen werden lassen. Die Frage unseres Themas ist in Deutschland denn auch zuerst bei der G. m. b. H. für die Rechtsprechung praktisch geworden.[83])

Die gemeinsame Basis und der Unterschied gegenüber der einfachen Gesellschaft haben auch die Genossenschaft neben den Handelsgesellschaften figurieren lassen, obwohl sie keine solche ist.[84]) Auf die Genossenschaft wie auf die Aktiengesellschaft finden

[78]) Auf eine Darstellung der rechtsinhaltlichen Formen der Handelsgesellschaften kann hier als zu weit führend, nicht eingegangen werden. Allgemeine Unterschiede ergeben sich immanent aus den für unser Thema zu machenden speziellen Ausführungen.

[79]) Die Entwicklungsgeschichte der Handelsgesellschaften, spez. der Aktiengesellschaft, vgl. bei Cohn und der dort zit. Literatur; Rathenau, S. 5, 9, 12, 31 ff.; Lehmann, Lehrbuch, § 65.

[80]) Vgl. A. Iklé, die Kommanditaktiengesellschaft nach schweiz. und deutschem Recht, Berner Diss. 1907, spez. S. 36 ff.

[81]) Über die G. m. b. H. des deutschen Rechts vgl. Brodmann, Komm. zum G. m. b. H.-Gesetz und dort zit. Literatur, spez. Anm. 2 zu § 1; O. v. Gierke, die G. m. b. H. in Holtzendorffs Enzykl. der Rechtsw. (1913), Bd. 3, S. 74/7; Feine, S. 1 ff., 35 ff.; Frick, S. 1 ff. — Über die Unterschiede zwischen G. m. b. H. und Kollektivgesellschaft einerseits, G. m. b. H. und Aktiengesellschaft andererseits, spez. Haußmann, „Aktienwesen", S. 117 ff.; Crüger-Crecelius, S. 34 ff.; Frick, S. 54 ff.

[82]) Über das Pro und Contra Huber, Ber. S. 168 f.; Botschaft, S. 271 ff.; Prot. Exp. Komm., S. 473 ff., spez. Votum Egger, S. 480 ff. — Dagegen Frick, spez. S. 134 ff.

[83]) Vgl. S. 117.

[84]) Vgl. Huber, Ber., S. 10 ff.; Botschaft, S. 284 ff.; Prot. Exp. Komm., S. 11 ff. Über die rechtliche Natur der Genossenschaft. Huber, a. a. O., S. 140 ff. Prot. Exp. Komm., S. 550 ff.; Bachmann, Vorbem. zu Art. 678, OR und dort zit. deutsche und schweiz. Literatur. Vgl. ferner Egger, in Verhdlg. d. schw. Jur.-Vereins 1922, S. 109a f.

subsidiär mangels gesetzlicher oder statutarischer Bestimmungen die Vorschriften des ZGB über die Vereine Anwendung.[85]) Speziell im Genossenschaftsrecht sind Gesetz und Statuten oft sehr knapp. Auch das in Theorie und Praxis differenziertere Aktienrecht kann deshalb oft als Analogie zum Genossenschaftsrecht dienen. Die Ergebnisse, zu denen die Untersuchung der Frage, ob die Aktiengesellschaft Mitglied und Organ von Handelsgesellschaften sein kann, führen wird, können deshalb als prinzipiell auch für die Genossenschaft gültig angesehen werden.

§ 2. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person.

Nachdem der Begriff der juristischen Person und die Rechtsnatur der Handelsgesellschaften kurz erörtert worden sind, erhebt sich die Frage, ob eine mitgliedschaftliche oder organschaftliche Stellung bei einer Verbandsperson ganz allgemein innerhalb der Grenzen der rechtlichen Betätigungsmöglichkeit der juristischen Person liegt. Die Untersuchung dieser Frage erfordert eine Orientierung über den Umfang der Rechts- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person. Eine solche allgemeine Prüfung der Stellung derselben im Rechtsverkehr wird als Grundlage für die folgenden Ausführungen die Auseinandersetzung mit der uns hier speziell interessierenden Frage wesentlich vereinfachen.

Die mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Handelsgesellschaft wird zum Rechtssubjekte im Augenblick ihrer Eintragung ins Handelsregister (Art. 623 OR, Art. 52 ZGB). Sie personifiziert nach Kelsen bestimmte Rechtsnormen, nämlich ihr Statut, welches als Einheitspunkt der Zurechnung zu betrachten ist.[1]) Rechtsfähig ist, was seiner Beschaffenheit nach in solchen Beziehungen stehen kann, die wir subjektive Rechte nennen. Die juristische Person ist rechtsfähig, weil ihr Rechte und Pflichten

[85]) Egger, Kommentar ZGB I, S. 175 f. (abweichend 2. Aufl.).

[1]) Kelsen, S. 63, 65. 70 und 75.

zugerechnet werden, welche von eigens dazu qualifizierten Menschen eingegangen werden.[2]) Sie wird berechtigt und verpflichtet durch einfache Rechtstatsachen als solche, durch Rechtshandlungen Dritter und durch ihre eigenen Rechtshandlungen, sobald sie handlungsfähig[3]) ist, d. h. sobald sie sich eine Organisation gegeben hat,[4]) welche einzelne Menschen ausdrücklich als solche kennzeichnet, deren Handlungen ihr zugerechnet werden sollen.

Der Umfang der Rechtsfähigkeit der mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Handelsgesellschaft ergibt sich aus der konkreten, aus Statuten und Gesetzesbestimmungen resultierenden Teilrechtsordnung, welche qualitativ verschieden sein und sich jeweils durch Erweiterung oder Beschränkung der Aufgaben oder durch Statutenänderung innerhalb der Normen der objektiven Rechtsordnung verändern kann.[5])

Daraus ist aber keineswegs eine a priori beschränkte Rechtsfähigkeit der juristischen Person abzuleiten. Wenn auch eine völlige Gleichstellung der physischen und der juristischen Person unmöglich ist, weil die Rechtskreise beider zwar konzentrisch, aber nicht kongruent sind, so erfordert doch das Wesen der juristischen Person keine Beschränkung auf das reine Privatrecht oder sogar nur auf das Vermögensrecht, welche Meinung am extremsten durch die Brinz'sche Theorie vom Zweckvermögen vertreten wurde.[6]) Kein Rechtssubjekt hat nur die subjektiven Rechte, die ein vermeintlich immanenter Daseinszweck zu fordern scheint. Unabhängig von jeder Umschreibung der juristischen Person muß ihre Rechtsfähigkeit grundsätzlich voll anerkannt werden. Weil die juristische Person nur die Form ist, in der die Individuen

[2]) Nur menschliches Verhalten kann Inhalt der Rechtsnormen sein. Jellinek, S. 540; derselbe, „System", S. 213; Kelsen, S. 64, 68, 70.

[3]) Binder, S. 63, bezeichnet die Handlungsfähigkeit als „Rechtsausübungshandlungsfähigkeit" und sagt S. 57, daß die Rechtsfähigkeit ihr insofern parallel gehe, als „alle Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit auch Beschränkungen der Rechtsausübungsfähigkeit bilden".

[4]) Binder, S. 106; Tuor, S. 91—93; Haff, S. 37, 70; Wertheimer, S. 67 f.

[5]) Gierke, DPR, S. 516/18; GTh, S. 141 f.; Enneccerus, Pand. I, S. 125/29, § 96 III, § 98; v. Tuhr, BGB, I, S. 456/59.

[6]) Savingy, „System" II, S. 294 f.; Enneccerus, S. 238; Hölder, S. 40; Klingmüller, S. 12; Brinz, Pand., S. 979 ff.

ihre Zwecke intensiver verfolgen können, nur der Zurechnungspunkt für deren Handeln und weil es der Gesamtrechtsordnung gleichgültig ist, in welcher Teilrechtsordnung, in welcher formellen Normenpersonifikation die erlaubten Zwecke verfolgt werden, so können die als subjektive Rechte gewerteten Interessen des Individuums auch der juristischen Person zuerkannt werden. Eine Ausnahme bilden alle Rechte, welche eine streng persönliche, „natürliche", innerlich-individuelle Beziehung voraussetzen wie Geschlecht, Alter, Familie.[7]) Sie entfallen aus dem Rechtskreis der juristischer Person. Andererseits umfaßt derselbe auch die nur einer Verbandsperson zustehenden Rechtsbeziehungen des Sozialrechtes, d. h. die Rechte gegenüber den eigenen Gliedern der Verbandsperson, z. B. auf Mitgliederbeiträge. Endlich ist zu beachten, daß die Rechtsfähigkeit der juristischen Person sich auch auf das öffentliche Recht erstreckt.[8]) Sie hat, wie die physische Person, Anspruch auf Rechtsschutz, auf Handels- und Gewerbefreiheit, sie kann sogar politische Rechte haben.[9])

Untersuchen wir die Reichweite der Rechtsfähigkeit der juristischen Person an einigen konkreten Beispielen etwas näher.

Praktisch weitaus am wichtigsten ist natürlich die Vermögensfähigkeit der juristischen Person. Ihr Vermögen und ihre Schulden stehen ausschließlich ihr zu, nicht ihren Gliedpersonen. Die juristische Person kann zum Erben eingesetzt und mit Vermächtnissen bedacht werden,[10]) Besitz und Nutznießung haben (Art. 749

[7]) Windscheid, Pand. (6. Aufl.), § 58, S. 161; Bekker, Pand. I, § 61, S. 217; Gierke, GTh., S. 144; Dernburg, Preuß. Privatrecht I, § 54, S. 111; Egger, Anm. 4 zu Art. 53 ZGB; Jellinek, „System", S. 76; 88, 240, 315; Bernatzik, S. 192; Ferrara, S. 842 f., 908 f.; Haff, S. 224 f.; v. Tuhr, BGB, S. 456 f. und dort zit.; Klausing, S. 102/03 f., S. 124; Blüher, zur Rechtsfähigkeit der juristischen Personen in DJZ, Bd. 16, S. 1408; Hafter, in ZSR, NF, Bd. 25, S. 69 f., S. 80 f.; Bühler, Lehrbuch des Steuerrechtes, S. 157 f.; Tuor, S. 92; Huber, Bericht, S. 62; stenogr. Bull. 1905, S. 476.

[8]) Jellinek, „System", S. 243 ff.; Bernatzik, S. 271 und dort zit.; Egger, Anm. 15 zu Art. 54, ZGB; Fleiner, Institutionen (1928), S. 162; Haff, S. 227; Mamelok, S. 12 f., 20 f, 212 f.; Bischoff, S. 47 f. und 50 f.

[9]) Jellinek, „System", S. 249; Preuß. Städteordnung, § 6; Entscheidungen des OVG, Bd. 17, S. 94; Bischoff, S. 52 ff.

[10]) Vgl. I, 8, cod. de her. inst. 6, 24; § 2101, Abs. 2, BGB.

ZGB). Von den Personenrechten kommen ihr zu vor allem ein eigener Sitz (Art. 56 ZGB), Nationalität,[11]) Mitgliedschaftsrechte,[12]) Recht auf Achtung und Geltung,[13]) auf Schutz der Geheimsphäre und der Ehre,[14]) soweit diese nicht rein individual-persönlicher Art ist. Die juristische Person hat ferner Namen-, Wappen- und Firmenrechte,[15]) sie kann Trägerin einer Konzession sein, Urheberrechte erwerben, Erfindungen und Gebrauchsmuster im eigenen Namen zum Patent anmelden. Mit der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit ist auch die Parteifähigkeit und die Betreibungsfähigkeit gegeben.[16])

Die juristische Person kann aber auch in Rechtsverhältnissen stehen, die ihre Grundlage in einem besonderen Vertrauensverhältnis haben.

Ganz allgemein wird der juristischen Person die Möglichkeit zuerkannt, ein anderes Rechtssubjekt zu vertreten.[17]) Sie kann Trägerin einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht sein,[18]) die sie sogar auf einen Unterbevollmächtigten weiter übertragen kann. Ist z. B. eine juristische Person Aktionär mit Stimmrechtsvollmacht, so kann einer ihrer Angestellten als ihr bevollmächtigter Vertreter in der Generalversammlung erscheinen und das Stimmrecht ausüben. Dasselbe gilt für die Prozeßvollmacht.[19]) Die juristische Person kann ferner Mandatar oder Dienstverpflichteter

[11]) Egger, Anm. 14 zu Art. 56 ZGB.

[12]) Vgl. S. 60 f., die juristische Person kann auch Gründer sein, Staub, Anm. 5 zu § 182 DH; Kammergericht Berlin in ZHR, Bd. 40, S. 260.

[13]) BE 32, II, S. 367.

[14]) Egger, Anm. 9—11 zu Art. 53 ZGB; BE 31, S. 248.

[15]) Egger, ebendort; v. Tuhr, allg. Teil, S. 456; Oertmann, S. 82, Anm. 3c und Anm. 6 in Vorbem. zu § 21 f.; Planck, BGB, Vorbem. zu § 21 f.; Brodmann, Aktiengesetz, S. 133; ders. G. m. b. H.-Gesetz, Komm. zu § 13; BE 42 II, S. 317; 44 II, S. 83; Praxis V, S. 338 f.; VII, S. 174.

[16]) Egger, Anm. 13/14 zu Art. 53 ZGB, Anm. 8 zu Art. 55 ZGB; Staudinger, Allg. Teil BGB, 2. Titel, Vorbem. IV, B 4.

[17]) Dernburg, Pand. § 66, S. 171; Neumann in DJZ, Bd. 7, S. 98; Mitteis, Lehre von der Stellvertretung; Gierke, DPR, I, S. 515, S. 526.

[18]) Anderer Ansicht Ritter, DH, § 54, Anm. 1, § 105, Anm. 7, § 210, Anm. 1d; vgl. dagegen die Literatur bei Bondi, im Zentralblatt für Handelsrecht, Febr. 1929, S. 35.

[19]) Stein, Deutsche ZPO, § 80, Anm. II, 3.

sein.[20]) Wenn ein Bedürfnis dazu vorhanden ist, kann die juristische Person weiter auch sein: Sequester, Treuhänder, Revisor,[21]) Mitglied eines Konkursgläubigerausschusses,[22]) Schiedsrichter,[23]) Handlungsgehilfe oder Handlungsagent.[24]) Sie kann ferner Testamentsvollstrecker sein.[25]) Ein persönliches oder wirtschaftliches Bedürfnis, Banken oder Treuhandgesellschaften in dieses Amt zu berufen, kann sogar sehr oft bestehen.

Die Frage, ob eine juristische Person Prokurist sein könne, ist ebenfalls grundsätzlich zu bejahen, obwohl sie allgemein für unzulässig gehalten wird.[26]) Denn die Prokura ist im Grunde nichts anderes als eine ins Handelsregister einzutragende allgemeine Handlungsvollmacht und ein Vertrauensamt ist schließlich jede Vollmachtserteilung, nicht nur die Prokura. Es bestehen nur quantitative Unterschiede zwischen ihr und andern Vollmachten. Doch ist diese Frage kaum von praktischer Bedeutung, da in der

[20]) Windscheid, Pand. I, S. 266; Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, § 31, S. 84; Dernburg, Lehrbuch I, § 66, S. 170; Gierke, GTh, S. 144 f.; Tuor, S. 90.

[21]) Vgl. S. 156 f.

[22]) OLG Dresden in Seuff. Archiv, Bd. 60, S. 22 und 41; RG 121, S. 294; Bericht des Konkursverwalters der Leipziger Bank vom 21. 8. 1903, S. 423; Staub, Anm. 4 zu § 210 DH; Staudinger, Allg. Teil, 2. Titel, Vorbem. IV, D 2; Jaeger, Konkursordnung, Anm. 5 zu § 87; Windscheid, Pand. § 58; ablehnend Brodmann, Aktiengesetz, Anm. 2a zu § 210.

[23]) Sogar die Mitgliederversammlung der juristischen Person kann als Schiedsrichter bestellt werden, wenn sie nicht in eigener Sache entscheidet; Staub, Anm. 8 zu § 250 und Anm. 15 zu § 278 DH; Brodmann, Aktienrecht, Anm. 3c zu § 250; RG, 93, S. 298.

[24]) Ehrenbergs Handbuch, Bd. 5, S. 34, 58, 308.

[25]) Dernburg, bürgerl. Recht I, S. 171, V, S. 381; Schreiber, die Rechtsstellung des Willensvollstreckers nach ZGB (1928), S. 19; Seeger, die Rechtsstellung des Willensvollstreckers (1927), S. 44, 45; Welti, die Testamentsvollstreckung (1906), S. 43, 53; Staub, Anm. 9 zu § 105, Anm. 4 zu § 210, DH; Staudinger, a. a. O., V, B, ferner Anm. III 2b zu § 2197 bis 2201; Feine, S. 229; Knocke, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Art. „Juristische Personen"; Bondi, a. a. O., S. 38; dagegen Brodmann, Aktiengesetz, Anm. 2c zu § 210; ders., G. m. b. H.-Gesetz, Anm. 1 zu § 13.

[26]) Wieland, S. 360; Lehmann-Ring, Anm. 6 zu § 48, DH; Staub-Bondi, Anm. 3 zu § 48, DH; Titze, in Ehrenbergs Handb., Bd. II, Abt. 2, S. 956, Siegmund, S. 157, 216; Wiedemann, S. 333; Feine, S. 229.

Regel kein wirtschaftliches Bedürfnis besteht, eine juristische Person zum Prokuristen zu bestellen.

Über die Möglichkeit, daß die juristische Person auch Organsubjekt sein kann, wird an anderer Stelle noch zu sprechen sein.[27]) Erkennt man der juristischen Person die Fähigkeit zu, Liquidator zu sein,[28]) so kommt man logischerweise dazu, ihr auch die verwandten Ämter des Konkurs- bezw. Nachlaßverwalters nicht zu verschließen. Die Theorie verhält sich freilich dagegen allgemein ablehnend, mit der Begründung, daß der Wortlaut des Gesetzes und die amtliche Funktion, welche die Konkursverwaltung zu erfüllen habe, gegen die Zulassung einer juristischen Person sprechen.[29])

Aus der Prämisse der vollen Rechtsfähigkeit der juristischen Person könnte man endlich sogar die Möglichkeit einer vormundschaftlichen Stellung derselben ableiten.[30]) Die Vormundschaft ist zwar oft mit Vermögensverwaltung verbunden, doch hat sie zweifellos ihre Grundlage in einem familienrechtlichen Verhältnis. Es fragt sich allerdings sehr, ob ein Jugendamt oder eine gesetzliche Amtsvormundschaft event. nicht auch juristischen Personen (Staat, gemeinnütziger Verband etc.) übertragen werden könnten. Ist in einem Testament eine juristische Person vom Erblasser im Sinne von Art. 381 ZGB als Vormund seines Vertrauens bestimmt worden (was nach schweizerischem Recht nur im Sinne von ZGB Art. 381 möglich ist), so ist es eine Frage der Auslegung, ob der Wille des Erblassers dahin zu verstehen ist, daß dieses Amt von einem bestimmten Organ der juristischen Person ausgeübt werden solle.

[27]) Vgl. S. 48 f.

[28]) S. 159 f.

[29]) So Jaeger, Anm. 6 zu Art. 237, SchKG; ders. in Deutscher KO, Anm. 7, § 78, Staub, Anm. 4 zu § 210, DH; Brodmann, a. a. O.; OLG Köln in LZ, 1908, S. 245. — Dafür: Goldschmit, Aktienrecht, Anm. 1, zu § 210; Bondi, a. a. O.

[30]) Windscheid, bürgerl. Recht I, S. 266; Regelsberger, Pand. I, S. 32; Schulzenstein-Höhne, Vormundschaftsrecht, S. 423; Oertmann, Anm. 3c und Anm. 6, in Vorbem. zu § 21; dagegen: Planck, BGB, Vorbem. zu § 21; Cosack, BGB (7. Aufl.), S. 48; Staub, Anm. 4 zu § 210; Brodmann, a. a. O.

§ 3. Die Handlungsfähigkeit der juristischen Person.

Die Fiktionstheorie gelangte auf Grund ihrer Auffassung vom Wesen der juristischen Person zu einer vollständigen Ablehnung der Handlungsfähigkeit derselben.[1]) Sie kann nur durch Vertreter wirken, ist deshalb deliktsunfähig. Die heutige Doktrin und Gesetzgebung dagegen anerkennen die Handlungsfähigkeit der juristischen Person als eine Folge ihrer Rechtsfähigkeit mehr oder weniger mit den Worten der Organtheorie.[2])

Handlungsfähig ist die juristische Person innerhalb des Umfangs ihrer Rechtsfähigkeit,[3]) jedoch erst in dem Augenblick, in dem bestimmte Menschen als „Organe" der juristischen Person zur Setzung von Rechtsakten qualifiziert sind. Die Handlung des dazu berechtigten Organs ist aber nicht als „Phänomen der Kollektivseele", als „innerer Willensausdruck",[4]) eine solche der juristischen Person. Sie wird ihr zugerechnet als Konkretisierung des Organwillens, und nur insofern „will" die juristische Person diese Handlung, als sie eben die Personifikation der Teilordnung ist.[5])

Zwecks einer klaren Orientierung über die Handlungsfähigkeit ist es nötig, die Voraussetzungen derselben näher zu prüfen: die Organe der juristischen Person.

[1]) Savigny, III, S. 22, 23, 89. „Endlich sind alle juristischen Personen ihrer Natur nach und für immer handlungsunfähig." Hölder, S. 55; Meurer, S. 175; Blume, BGB, IV, S. 17, Anm. 2 zu § 1780. „Der juristischen Person fehlt jede Möglichkeit, eine Tätigkeit auszuüben"; Gesetzesberatungen der Reichtags-Komm. 1884 und der Exp. Komm. zum OR von 1881; vgl. Parisius Crüger, Anm. 6 zu § 9, Genossenschaftsgesetz.

[2]) Egger, Komm. zu Art. 54 und 55, ZGB; v. Tuhr, Allg. Teil, S. 459 f.; Windscheid, § 58, 59; Regelsberger, § 81, 83; Dernburg, § 66/67; Feine, S. 238.

[3]) Gierke, GTh, S. 5; DPR, S. 471/72, S. 518/19; Staudinger, Allg. Teil, BGB, 2. Tit., Vorbem. V.

[4]) Gierke, GTh, S. 5; DPR, S. 471.

[5]) Kelsen, „Hauptprobleme", S. 460 f.; Fleiner, Institutionen (1928), S. 162; Bernatzik, S. 271 und dort zit.; Jellinek, „System", S. 243, 249.

I. Der Begriff des Organs.

Die Naturwissenschaft hat keine allgemein anerkannte präzise Begriffsbestimmung gegeben. Mehr oder weniger haben alle ihre Definitionen ein rein teleologisches Gepräge, indem sie als Organ dasjenige Teilstück anerkennen, das mit dem Ganzen zwecks Ausübung der lebenswichtigen Funktionen zu einer Lebensgesamtheit verbunden ist.

Die juristischen Definitionen, die sich anlehnen an diesen soziologischen Organbegriff, dessen Wesen das materielle Zweckmoment, die Funktion für das Ganze ist, sind daher entweder zu weit gefaßt,[6]) oder gehen von einer spezifischen Funktion der juristischen Person aus und bestimmen daraus ihr Organ.[7]) Es soll aber doch das Charakteristikum der Person aufgezeigt werden, deren Handlungen als solche der juristischen Person gelten, es soll gezeigt werden, was für Eigenschaften menschliche Handlungen haben müssen, damit sie ihr zuzurechnen sind. Die Funktion, die diese Person auszuüben hat, kann nicht zur Bestimmung ihres rechtlichen Begriffes genügen.

Vom Kelsen'schen Rechtssatzsystem ausgehend, muß der Begriff des Organs rechtswesentlich und rechtsinhaltlich unterschieden werden.[8])

[6]) R. Schmidt, Allg. Staatslehre, S. 135/36, Organe sind alle Glieder, „die irgendwie für den Verband handeln"; Gierke, in Ztschr. f. d. gesamte Staatswissenschaft, Bd. 30, S. 329; „Das Wesen des Organbegriffes bildet die Funktion für das Ganze, den Organismus". Preuß, zur Methode der Begriffsbildung, in Schmoller's Jahrbuch, S. 359, akzeptiert diesen Organbegriff „als des zu einer bestimmten Lebensfunktion des Gemeinlebens berufenen Gliedes einer Gesamtpersönlichkeit". Vgl. ferner Laband, in Schmoller's Jahrbuch, Bd. 7, S. 1137. BF, 48, II, S. 6 f., S. 9: Organe sind alle diejenigen Personen, bezw. Personenmehrheiten, die nach der durch das Gesetz oder die Statuten gegebenen Organisation notwendig sind, damit die juristische Person nach außen handelnd auftreten kann." Vgl. ferner Egger, Anm. 5 zu Art. 54/55 ZGB.

[7]) Regelsberger, Pand. I, S. 323 f.; Bernatzik, S. 278: Organ ist der Teil des Organismus, „welcher den die Gesamtheit bildenden Willen erzeugt". Karlowa, S. 422: Das Wesen des Organs einer juristischen Person ist, daß es durch seinen Willen und seine Handlung innerhalb der ihm zugewiesenen Sphäre „den Willen der juristischen Person repräsentiert"; ähnlich Jellinek, „System", S. 223.

[8]) Kelsen S. 266 f.

1. Rechtswesentlich. Weil nach Kelsen der „Wille" einer Gemeinschaft nur ein bildlich-anthropomorpher Ausdruck für die sie bildende Ordnungseinheit ist, so kann nicht gesagt werden, unter Organhandlung sei nur der Willensakt der Gemeinschaft zu verstehen. Man drückt mit der Bezeichnung einer menschlichen Handlung als Organakt aus, daß diese bestimmt qualifizierte menschliche Handlung der juristischen Person zugerechnet werden soll Die juristische Person ist ja wesentlich die konstituierte Ordnungseinheit dieser ihr zugerechneten Tatbestände.

Unabhängig vom Inhalt der Statuten gesehen, ist jeder ein Organ, der eine der juristischen Person zurechenbare Rechtshandlung vornimmt. Im Sinne eines die Ordnung der juristischen Person schaffenden Werkzeuges ist Organ somit der durch die Norm höherer Stufe bestimmte Setzer der Norm niederer Stufe. Das Kriterium der Selbständigkeit ist somit begriffswesentlich für das Organ.

Die Rechtshandlung kann entweder allgemein normerzeugend, dynamisch sein oder sie kann vom Gesetz oder von den Statuten ausgehend, einen von diesen als gesollt gesetzten oder auf sie gestützten Tatbestand erfüllen, statisch sein.[9]) Primär ist der Rechtswesensbegriff des Organs dynamisch: die Ordnung der juristischen Person wird in allen ihren Stufen durch Menschen erzeugt, deren normsetzende Funktion durch die Ordnung selbst bestimmt wird, indem die Norm höherer Ordnung die Bedingungen festsetzt, unter denen die Norm niederer Ordnung geschaffen wird. Daher ist analog der juristischen Person als Personifikation einer Teilrechtsordnung das Organ die *Personifikation eines spezifischen Tatbestandes oder Tatbestandskomplexes,*[10]) und Organfunktion ist die zum spezifischen Inhalt einer Rechtsnorm erhobene, durch Rechtsnormen spezifisch qualifizierte, rechtlich normierte menschliche Handlung.

2. Rechtsinhaltlich. Die Statuten setzen nicht allein fest, daß bestimmte Rechtshandlungen vorgenommen werden sollen, sondern sie qualifizieren ein ganz bestimmtes Organ, m. a. W. einen

[9]) Kelsen, S. 167, S. 264.— Über die Frage, inwieweit rechtmäßiges Organhandeln zum Organbegriff gehört, vgl. Kelsen, S. 165.

[10]) Kelsen, S. 266.

ganz bestimmten Menschen zur Vornahme gerade dieser Rechtshandlung. Auf Grund der Statuten werden also die Organe individualisiert, ihre Kompetenzen werden abgegrenzt: die juristische Person wird organisiert. Wir kommen also zum Ergebnis: *Jeder, der, auf die Ermächtigung der Statuten gestützt, einen der juristischen Person zuzurechnenden Tatbestand erfüllt, ist Organ.* Dieser Tatbestand braucht nicht unbedingt eine Handlung zu sein. Auch der technische Direktor, obwohl nicht zu Rechtshandlungen für die juristische Person befugt, ist ihr Organ. Voraussetzung ist nur. daß er ein statutenmäßiges Organ ist, mit eigens zugewiesenen Kompetenzen, die eine rechtsgeschäftliche „Vertretungsmacht" in diesem Falle eben nicht mit umfaßt.

II. Organ und Stellvertreter.

Die Kelsen'sche Lehre, daß die qualifizierte Organhandlung der juristischen Person zugerechnet wird auf Grund der Rechtsordnung, daß für jedes Rechtsverhältnis nur seine spezielle Beziehung zur Rechtsordnung relevant sei, scheint den Unterschied zwischen Organ und Stellvertreter zu verwischen[11]): Die Hand-

[11]) Es kann hier nicht auf die Theorien eingegangen werden, die sich mit diesem vielumstrittenen, von den Anhängern der Organtheorie stark betonten Gegensatz beschäftigen. Für den Unterschied zwischen Organ und Stellvertreter: Gierke, GTh, S. 614, I; DPR, S. 472, I., S. 518 f.; GR III, S. 218 f., S. 308 f. und dort zit. Literatur; Regelsberger, Pand. I, S. 323; Meyer, Staatsrecht (4. Aufl.), S. 13; Kohler, I, § 136; Preuß, a. a. O., S. 445 f., S. 472; Enneccerus, Lehrb. d. bürgerl. Rechts I, § 96, S. 235; Egger, Anm. 15/17 zu Art. 54/55, ZGB und Hafter, ebendort; Burckhardt, S. 313; derselbe, S. 93; Karlowa, S. 418; Binder, S. 355; Tuor, S. 91, Huber, Bericht, S. 61 f.; Stenogr. Bull. 1905, S. 928; Oertmann, Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. 10, S. 192, Komm. BGB, § 26, 5a; Bloch, S. 52 f., S. 59 f.; Haff, S. 68, 268 f., S. 271 f., der einen psychologischen und einen rechtlichen Unterschied auseinander hält; Kelsen, S. 313; Wiedemann, S. 557 f.; aus der franz. Literatur vgl. Michoud I, S. 131 und Mestre, les personnes morales et le problème de leur reponsabilité pénale, S. 211 ff.: „L'organe incarne, en quelque sorte, la volonté du groupe, qu'il exprime ou qu'il réalise; le représentant garde sa volonté propre et agit simplement pour le compte du représenté; c'est la volonté même de la personne morale qui anime l'organ; le représentant agit au contraire par lui-même, mais pour autrui". — Zusammenstellung der Literatur vgl. bei Hafter, S. 39, bei Meurer, S. 167 ff.; vgl. ferner die selbständige Lösung des Problems bei Bloch, S. 52, 59 f., 66 f. — Die hauptsächliche

lungen beider werden in ihrer Rechtswirkung gleichmäßig der juristischen Person zugerechnet und sind der Rechtsordnung gegenüber gleichmäßig relevant: die Gesetzesbestimmungen für die Vertreterhandlungen kommen analog auch für die Organhandlungen zur Anwendung,[12]) sofern diese letzteren nicht wie z. B. in Art. 55, Abs. 2 ZGB speziell geregelt sind.[13])

Der Unterschied ist einzig der, daß das Organ *rechtswesentlich* zum Begriff der juristischen Person gehört. Die juristische Person kann ohne das Organ nicht handeln. Die Stellvertretung dagegen bezieht sich nur auf das Außenverhältnis, der Vertretene kann immer, auch wenn er handlungsunfähig ist (Art. 54 OR), gewisse rechtlich erhebliche Tatbestände erfüllen, sodaß der Stellvertreter also bloße *rechtsinhaltliche* Bedeutung hat.[14])

Begründung ist allgemein die, daß die Stellvertretung zwischen zwei sich gegenüberstehenden Personen mit gleichem Willen (Preuß, S. 469) zustande komme, während die Handlung des Organs mit der des Organismus identisch sei, aus dem „Gesamtwillen" hervorgehe, weshalb die Handlung des Organs als monistisch, die des Stellvertreters oder Bevollmächtigten als dualistisch bezeichnet worden ist (Fischer in Ehrenbergs Handbuch, Bd. 3, Abtlg. I, S. 211) eine Folgerung, die mit der Organtheorie anerkannt oder abgelehnt werden muß.

Keinen Unterschied zwischen Organ und Stellvertreter machen Hölder, S. 55 f.; Meurer, S. 157, 167 f.; Schloßmann, a. a. O., S. 289 ff., S. 315; Ferrara, S. 627, 864/66; Klingmüller, S. 43; O. Mayer, Deutsch. Verwaltungsrecht II, S. 395, Anm. 2; v. Tuhr, BGB, S. 461, spez. S. 462 ff. Die Organe werden entweder als „gesetzliche", „notwendige", „verfassungsmässig berufene Vertreter" bezeichnet (Klingmüller, S. 43, Schloßmann, S. 315) oder „nach Art der gesetzlichen Vertreter" behandelt, (Meurer, S. 167), wobei betont wird, daß ihre Vertretung nicht auf Rechtsgeschäft (Vollmacht) beruhe.

[12]) Egger, Anm. 2 zu Art. 55, ZGB; v. Tuhr, OR, I, S. 306; Kelsen, „Hauptprobleme", S. 705: „Alle rechtliche Qualifikation liegt ausschließlich und allein in der spezifischen Relation zur Rechtsordnung".

[13]) Vgl. ZGB, Art. 55, Abs. 2 und 3.

[14]) Kelsen, S. 313 (anders als in „Hauptprobleme", S. 704), „Organschaft im Rechtswesenssinne ist schon darum nicht Stellvertretung, weil letztere als eine rechtsinhaltliche Relation die Beziehung zwischen Tatbeständen bezw. diese Tatbestände setzenden Menschen ist, während Organschaft die Beziehung eines Tatbestandes auf die das System aller Tatbestände konstituierende Ordnung ist". Vgl. Mitteis, die Lehre von der Stellvertretung, S. 109 ff., 205 ff.; Anzilotti, Corso di diritto internazionale, Lezioni tenute nell'Università di Roma 1926, S. 138.

III. Einfache und zusammengesetzte Organe.[15])

Ist die Handlung eines einzigen Menschen im Stande, den Tatbestand der Organfunktion zu erfüllen, so liegt ein einfaches Organ vor. Müssen mehrere Menschen dabei zusammenwirken, so sprechen wir von einem zusammengesetzten Organ, bei dem der Einzelmensch nur Teilorgan ist. Jedoch kann als Teilorgan selbst wiederum ein zusammengesetztes Organ fungieren. Es kann sich dabei um ein Kollegialorgan handeln, bei dem mehrere übereinstimmende inhaltsgleiche Akte von Teilorganen vorliegen müssen, damit eine Organhandlung begeben ist. Wenn die Statuten Einstimmigkeit bei der Beschlußfassung eines Kollegialorganes vorschreiben, so ändert das an dessen Rechtswesensbegriff nichts. Doch tritt der Charakter des Kollegialorganes besonders deutlich erst in dem Falle hervor, da schon die Mehrheit der dem Organ angehörenden oder im Kollegium bloß anwesenden Mitglieder eine rechtsgültige Organhandlung vornehmen kann.

Ferner kann die Funktion eines zusammengesetzten Organs aus Tatbeständen verschiedenen Inhalts, aber rechtlich gleichen Wertes bestehen.[16]) Auch eine bloße „Zustimmung" eines andern Teilorgans, die vom Statut verlangt wird, ist rechtlich gleichwertig einem Beschluß, den sie sanktionieren muß. Die Unstimmigkeit der Terminologie, welche zwischen beiden Rechtshandlungen differenziert, nur die eine als eigentliche Organfunktion bezeichnet, die andere als bloße „Genehmigung" auffaßt und die Tatsache, daß die eine Handlung oft subjektiv einen Sinn beansprucht, der ihr objektiv im Gesamtsystem nicht zukommt, verwischt nur äußerlich diese innerliche Gleichwertigkeit. Erst beide zusammen bilden die Organhandlung, sie unterscheiden sich nur dadurch, daß eine Teilhandlung kraft positiver Vorschrift der andern meist vorauszugehen hat.[17])

---

[15]) Kelsen, S. 280 f.; Jellinek, S. 544; Orlando, diritto costituzionale, § 6.

[16]) Über den „Prozeß" der Organfunktion, die dazu notwendige Kette von Teilakten, Kelsen, S. 284.

[17]) Rechenschaftsbericht der Verwaltung muß vorliegen, damit die Generalversammlung der A.-G. dem Verwaltungsrat Décharge erteilen kann. — Vgl. die unrichtige Terminologie des öffentlichen Rechts, die einen Beschluß des Parlamentes als „Gesetzesbeschluß" bezeichnet, trotzdem die für die Schaffung eines „Gesetzes" nötige Sanktion des Monarchen noch aussteht.

Dementsprechend ist auch die hauptsächlich im öffentlichen Recht gemachte Unterscheidung in selbständige und unselbständige Organe zu beurteilen. Danach können selbständige Organe unmittelbar für die juristische Person und deren Mitglieder verbindlichen Willen äußern, während unselbständige Organe den Willen der juristischen Person nur insofern beschränken können, als ihre Zustimmung erforderlich ist, um deren Willensakt rechtlich erheblich zu machen. Beide Organunterbegriffe sind dem Oberbegriff „zusammengesetztes Organ" zu subsumieren. Ob inhaltlich die Handlungen der beiden Organe übereinstimmen oder nicht, die verpflichtende Norm wird doch nur durch beide zusammen gesetzt. „Selbständig" — vom Rechtssatz aus gesehen auch nur relativ — sind nur ihre beiden Rechtshandlungen zusammen, die Gesamtorganhandlung. Vom positivrechtlichen Standpunkt aus ist diese Unterscheidung irrelevant.

IV. Das Organsubjekt und dessen rechtsgeschäftliches Handeln.

Organsubjekt ist in der Regel eine physische Person. Ob ganz allgemein eine juristische Person Organ einer andern juristischen Person sein kann, ist umstritten.[18]) Bejaht man die Frage, ob eine juristische Person Mitglied von Korporationen des Privatrechtes sein könne, so muß man hier logischerweise auch die Möglichkeit zugestehen, Organsubjekt sein zu können. Der

[18]) Dafür: Jellinek, Staatsrecht, S. 499; Gierke, GTh, S. 683; Molitor, S. 14 f.; Feine, S. 473; Wertheimer, S. 75/6; Siegmund, S. 234, Anm. 3; vgl. Liechtensteinisches ZGB, Art. 111: „Als Mitglied eines Organs können sowohl natürliche als auch Verbandspersonen und Firmen bestellt werden... Ist eine Verbandsperson oder Firma Organ oder Vertreter einer andern Verbandsperson, so wird durch die Vertretungshandlung ihrer vertretungsberechtigten Organe und Personen die vertretene Verbandsperson oder Firma direkt berechtigt und verpflichtet, unter Vorbehalt eines allfälligen Rückgriffsrechtes gegenüber dem Fehlbaren. — Für ihr unerlaubtes, schuldhaftes Verhalten sind die handelnden Personen außerdem persönlich verantwortlich, und wenn die Voraussetzungen des vorausgehenden Absatzes zutreffen, auch die vertretungsberechtigten Verbandspersonen oder Firmen." — Dagegen: Wiedemann, S. 333, Anm. 6; Chiodera, S. 23; vgl. Brodmann, G. m. b. H.-Gesetz, Anm. 1 zu § 6; Staudinger I, § 27, Anm. 4; Staub, Anm. 10 zu § 23; Fischer in Ehrenbergs Handbuch, S. 213.

Fall ist denkbar und kann sich auch praktisch leicht ergeben, daß nur juristische Personen Mitglieder einer Verbandsperson sind. Abgesehen von diesem Einzelfall aber ist grundsätzlich der juristischen Person die Fähigkeit zuzuschreiben, als Organ einer Körperschaft zu fungieren. Die gegenteilige Meinung ist nichts anderes als eine Nachwirkung der gemeinrechtlichen Theorie von der Handlungsunfähigkeit der juristischen Person. Selbstverständlich erfordert jedes Handeln zuletzt immer einen Menschen. Handelt dieser Mensch in seiner Eigenschaft als Organ einer juristischen Person, so ist diese der Zurechnungspunkt für seine Tätigkeit, ihr eigenes Handeln ist deshalb kein physischer, sondern ein rechtlich zerlegbarer, rechtlich zu wertender Akt. Die Möglichkeit der Ausübung der Organtätigkeit mittels solcher *sekundärer Organe* ist im Staatsrecht längst bekannt und findet sich auch im Privatrecht des Auslandes.[19]) Die Anerkennung dieser sekundären Organe im Handelsrecht wäre sehr wichtig für die modernen Unternehmenszusammenfassungen, die zwar dadurch nicht erst ermöglicht, aber doch praktisch sehr erleichtert würden. Der Zulassung der sekundären Organe gegenüber ist der Einwand unbegründet, daß sie durch Willensentschließungen beeinflußt würden, die sich außerhalb der juristischen Person vollzögen,[20]) denn in Wirklichkeit gehören diese den innerkörperschaftlichen Rechtsvorgängen an, weil ja das gesamte sekundäre Organ der Körperschaft angehört und sein Handeln ihr zugerechnet wird. Einer ev. statutarischen Pflicht zu „persönlichem" Handeln der Organsubjekte kommt die zum Organ bestellte juristische Person in dem Sinne nach, daß nur ihre eigenen Organe handeln dürfen, daß sie ihre Geschäfte als Organ der andern Gesellschaft nicht weiter übertragen kann, keine Drittperson als Bevollmächtigte abordnen darf (vgl. Art. 650 OR, § 246 DH).

[19]) Für das englisch-amerikanische Recht vgl. einen deutschen Entscheid: OLG Karlsruhe vom 4. III. 1925 in JW, Bd. 54, S. 2238; Nipperdey, der holländische Aktienentwurf, S. 18; ital. progetto, art. 291; für das Staatsrecht: Jellinek, S. 546 f.; für das Steuerrecht Friedländer, jurist. Personen als Angestellte (1923), S. 13 f.; derselbe, Konzernrecht, S. 78 f.; Haußmann, Tochtergesellschaft, S. 77 f., 118, 121; Rosendorff, rechtl. Org. der Konzerne, S. 108 f.

[20]) Ludewig, in JW, 1925, S. 1792.

Die Ernennung einer juristischen Person zum Organsubjekt ist also implicite als Delegation an sie aufzufassen, die physische Person in Gestalt eines oder mehrerer ihrer eigenen Organe zu bezeichnen, welche die ihrer juristischen Person überbundene Organfunktion dann praktisch auszuüben haben. Im III. Teil dieser Arbeit soll die Möglichkeit, Organ bei Handelsgesellschaften zu sein, für die Aktiengesellschaft untersucht werden.

Die Anstellung des Organsubjektes erfolgt durch Ernennung oder durch Wahl. Dabei kann die Organstellung unmittelbar durch die Statuten der juristischen Person gegeben sein, das Organsubjekt ist als unmittelbares Organ [21]) nur dieser direkt verpflichtet. Oder die Organstellung kann auf einem individuell an das Organsubjekt gerichteten Auftrag eines andern Einzelorgans beruhen, durch welchen das erstere zu einem mittelbaren Organ wird.[22]) Eine ev. Wahl [23]) des Organs wird durch ein dazu bevollmächtigtes, meist kollegial organisiertes Organ vorgenommen.

Die Organtätigkeit, bei der es nicht auf das individuelle Interesse des Organsubjektes ankommt, sondern darauf, ob seine Handlung der juristischen Person zugerechnet wird, und bei der die objektive Wichtigkeit dieser Handlung rechtlich irrelevant ist, muß von dem durch die Statuten qualifizierten Organ ausgehen.[24])

[21]) Jellinek, S. 498, 544, definiert sie als Organe, deren Wegfall die juristische Person „völlig desorganisieren oder von Grund aus umwälzen würde". Ebenso in „System", S. 213; Gierke, in Schmollers Jahrb., Bd. 7, S. 1142, versteht darunter ein Organ, das keinem andern untergeben oder verantwortlich ist; dagegen Jellinek, a. a. O., Anm. 1, weil auch verantwortliche Organe unmittelbar sein können, z. B. die Parlamentsmitglieder, republikanische Staatshäupter, etc.

[22]) Jellinek, S. 557. Über die Scheidung zwischen den Befugnissen, welche den Organen als solchen und denjenigen, welche auf Grund der Organschaft den diese tragenden Individuen zukommen, vgl. Jellinek „System", S. 220; Kelsen, S. 279.

[23]) Vgl. Wertheimer, S. 77 f.

[24]) Kelsen, S. 276; vgl. dagegen Bernatzik in Archiv für öffentl. Recht, Bd. 5, S. 204 f., der das Organ als Träger fremden Rechtes auffaßt, weil er sich im Organwillen den Individualwillen fortdauernd denkt und diesen ausschließlich auf den Organträger bezieht; dagegen Jellinek „System", S. 230 f.; derselbe, S. 216: „Es stehen sich niemals Persönlichkeiten, sondern stets nur Kompetenzen gegenüber".

Das Organ muß als solches handeln, eine unerlaubte Tätigkeit wird der juristischen Person nur zugerechnet, wenn sie die sekundäre Folge einer rechtmäßigen [25]) Organhandlung ist.[26])

Obwohl weder das ZGB noch das OR eine ausdrückliche diesbezügliche Bestimmung enthalten, ist ohne anderweitige vertragliche Regelung das rechtsgeschäftliche Handeln der Organe nach den allgemeinen Bestimmungen über die Stellvertretung zu beurteilen.[27])

Das Organ schließt Verträge ausdrücklich oder stillschweigend (Art. 32, Abs. 2 OR) im Namen der juristischen Person, eventuell ohne Nennung derselben, wenn der Gegenkontrahent aus den Umständen auf das Organverhältnis schließen mußte oder kein Interesse an der Persönlichkeit seines Vertragspartners hat.[28]) Mit sich selber kann grundsätzlich das Organ nicht kontrahieren, die Praxis anerkennt eine Ausnahme nur, wenn ein Selbstkontrahieren dem Vertreter bezw. dem Organ gestattet wird oder wenn keine Gefahr der Übervorteilung für den Vertretenen besteht.[29]) Ebenso ist eine Substitution des Organes nur möglich bei Ermächtigung, bei zwingenden Umständen oder wenn dies üblich ist. Hier können die Bestimmungen über den Auftrag herangezogen werden (Art. 398, Abs. 3 OR). Dem Organbegriff widerspricht eine Substitution nicht, denn die Organfunktion selber wird nicht übertragen.[30]) Die Substitution ist nur eine Vollmacht, welche das Organ auf Grund seiner eigenen Organstellung bei der juristischen Person im Namen dieser seinem Substituten erteilt. Der letztere handelt im Namen des Organs für die juristische Person. Für Verschulden bei Auswahl und Bestellung des Substituten haftet das Organ.

[25]) Normgemäß", vgl Kelsen, S. 271, S. 286/87.

[26]) Vgl. S. 47; Egger, Anm. 19 zu Art. 55, ZGB; BE, 44, II, S. 137 f.; 48, II, S. 9 ff., 156 f.; 51, II, S. 528; 52, II, S. 360.

[27]) BGB, § 27, Abs. 3; vgl. Täuber, S. 58. Auftrag und Dienstvertrag betreffen nur das vertragliche Verhältnis zwischen juristischer Person und Organ.

[28]) OR, Art. 32, Abs. 2; v. Tuhr, OR, I, S. 310/11; RG, 97, S. 261; Liechtensteinisches ZGB, Art. 187, Abs. 4.

[29]) BE 39 II, S. 566; 50 II, S. 183; v. Tuhr I, S. 295; S. 307/08, Anm. 19, Praxis, VII, No. 72.

[30]) v. Tuhr, I, S. 302; derselbe, BGB, I, S. 523.

Wenn ein Organ oder das Teilorgan eines zusammengesetzten Organes von einer Tatsache Kenntnis hat, so muß die juristische Person diese Kenntnis gegen sich gelten lassen, auch wenn das Organsubjekt sich ändert. Umgekehrt müssen sich Willensmängel und das nach den Umständen anzunehmende Kennenmüssen einer Tatsache in dem Organsubjekt verkörpern und zwar innerhalb seiner Organrechtssphäre, damit sie der juristischen Person zugerechnet werden können.[31])

V. Die Haftung der Organe.

1. Zivilrechtlich. Das Organ haftet Dritten gegenüber nur, wenn es *schuldhaft*, d. h. vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat und zwar als Gesamtschuldner nach Art. 51 OR neben der juristischen Person,[32]) sodaß der geschädigte Dritte sich auch primär an die einzelnen schuldigen Organsubjekte halten kann.[33]) Diese haben dann ein eventuelles, nach richterlichem Ermessen zu beurteilendes Regreßrecht gegenüber der juristischen Person.[34]) Die Organhaftung ergibt sich aus dem allgemeinen Rechtsprinzip, daß ein Mensch weder als selbständiges Rechtssubjekt noch als Organsubjekt oder Teil eines solchen privat- oder strafrechtliche Gesetzesbestimmungen übertreten darf.[35])

Eine selbständige Haftung des Organes kann auch daraus resultieren, daß es seine Organkompetenz überschritten hat,[36]) und der juristischen Person die betreffende Rechtshandlung nicht zu-

[31]) Vgl. Blätter XIII, S. 46 f., XX, S. 51 f., XVIII, S. 241, XXI, S. 365, XXIII, S. 323.

[32]) Egger, Anm. 21/22 zu Art. 55, ZGB; v. Tuhr, BGB, I, S. 541; Oertmann, Anm. 6a zu § 31, BGB; Staudinger, Anm. 13 zu § 31, BGB; Liechtensteinisches ZGB, Art. 185; BE, 24, II, S. 816, E 3; 28, II, S. 105 f., E 2; 41, II, S. 81, 89, 511; 44, II, S. 39 f.; 46, II, S. 453; 48, II, S. 57; 53, II, S. 411; Praxis, IV, No. 184; RG, 20. 6. 1907 in „Recht", 1907, No. 2241; vgl. auch Kelsen, S. 285, 303.

[33]) Praxis, IV, No. 184, S. 250; Blätter, IV, No. 136.

[34]) Art. 51, Abs. 2, OR; Egger, Anm. 23 zu Art. 55, ZGB; über den Regreß der juristischen Person bei Verschulden ihres Organs, vgl. BE, 49, II, S. 94.

[35]) Art. 55, Abs. 3, ZGB; Gierke, GTh, S. 768.

[36]) Jellinek, „System", S. 229; BE 48 II, S. 59 f., 156 f.

gerechnet werden kann. In diesem Fall kann der Dritte das Organ für das negative, unter Umständen auch für das positive Vertragsinteresse haftbar machen.[37]) Das Organ kann für ein persönliches Tun verantwortlich sein, es kann betreibungsrechtlich haften, ev. sogar nach Beendigung seiner Organstellung bei der juristischen Person.[38])

Die Haftung des Organs gegenüber der juristischen Person richtet sich nach den Bestimmungen von OR Art. 398 f. über den Auftrag.[39]) Der Beauftragte ist zu getreuer und sorgfältiger Amtsführung verpflichtet und hat bei deren Vernachlässigung für den daraus entstehenden Schaden aufzukommen (Art. 328 OR). Die aus Art. 55 ZGB resultierende Belastung mit der Haftung für die Organe ist aber für die juristische Person zweifellos ein Schaden im Sinne von Art. 328 OR. Eine andere Regelung kann vertraglich oder statutarisch vereinbart sein. Den einzelnen Mitgliedern eines zusammengesetzten Organes steht der Exkulpationsbeweis offen.

2. Strafrechtlich. Eine primäre Voraussetzung der Möglichkeit, im Rechtsverkehr aufzutreten, ist für die juristische Person die strafrechtliche Verantwortlichkeit ihrer Organe. Allgemein ist dieser Rechtsgedanke nirgends formuliert, er ergibt sich aber klar aus Einzelbestimmungen des Strafrechtes bezw. Handelsrechtes.[40]) Die Organperson kann sich nicht durch ihre besondere rechtliche Stellung von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit befreien, auch dann nicht, wenn sie sich die strafbare Handlung bei Ausübung ihrer Organkompetenz zuschulden kommen ließ. Die strafrechtliche Haftung erstreckt sich auf jedes Delikt und jedes Organ und erfaßt immer die Einzelperson. Voraussetzung dabei bleibt, daß das Organsubjekt den strafbaren Erfolg schuldhaft

[37]) Art. 39, OR.

[38]) Blätter VII, No. 156, S. 353 f.; XVII, No. 80, S. 147.

[39]) Egger, Anm. 23 zu Art. 55, ZGB, Anm. 2 zu Art. 69, ZGB; Art. 328, 398, OR.

[40]) Vgl. § 312 f., DH; Zürch. Strafgesetzbuch, § 205: „Wenn im Konkurse von eingetragenen juristischen Personen, Aktiengesellschaften und Genossenschaften inbegriffen, die Voraussetzungen dieses Abschnittes zutreffen, so finden die bezüglichen Strafbestimmungen Anwendung auf die schuldigen Einzelpersonen der Verwaltungs- und Aufsichtsorgane."

durch ein Handeln oder Unterlassen herbeiführte. Der Kläger hat dabei zu beweisen, daß ein bestimmtes Organsubjekt die schädigende Handlung verschuldet hat.

Vom Standpunkte der Kelsen'schen Lehre vom Rechtssatz aus scheint es prima facie eine contradictio in adjecto zu sein, von einer „normwidrigen" Organfunktion zu sprechen. Als Organfunktion kann ein Tatbestand nur insofern in Betracht kommen, als er der diesen Tatbestand qualifizierenden Norm entspricht. Aber da die positive Rechtsordnung einen mit dem subjektiven Sinn einer Organfunktion auftretenden Tatbestand auch objektiv so lange gelten lassen muß, als er nicht durch eine andere Organhandlung seiner Normwidrigkeit wegen aufgehoben, seines objektiven Sinnes als Organhandlung also entkleidet wird, so kann in dieser Bedeutung auch von einem normwidrigen Organakte gesprochen werden. Im gleichen Sinne ist es daher auch möglich, Strafe und Schadenshaftung an eine solche fehlerhafte Organhandlung zu knüpfen, wobei die Schadenshaftung, falls die Organhandlung nicht von der allgemeinen Strafrechtsordnung erfaßt wird, von der Teilrechtsordnung (Statuten) bestimmt wird.

§ 4. Die Deliktsfähigkeit der juristischen Person.

1. Zivilrechtlich. Die juristische Person ist ausschließlich zu rechtmäßigem Handeln bestimmt (BV Art. 56; ZGB Art. 52, Abs. 3). Eine statutarische Ermächtigung zu rechtswidriger Organtätigkeit wäre rechtsungültig, die juristische Person würde begriffsmäßig für diese Organhandlungen haften. Die Haftung für rechtswidrige Organakte trotz rechtsgemäßen Statuten ist dagegen dem Begriff der juristischen Person zwar nicht inhärent, ist aber ein praktisches Postulat der Billigkeit und der richtigen Schadenstragung,[1]) das auch Gegner der Organtheorie aufstellen.[2]) Der Gesetzgeber kann dieser Forderung Ausdruck verleihen,[3]) muß es aber nicht tun.[4]) Im alten OR haftete nach Art. 62 nur die ein Gewerbe betreibende juristische Person für ihre Organe.[5]) Im geltenden Rechte dagegen wird nach Art. 55 ZGB sowohl die rechtmäßige wie auch die rechtswidrige Handlung, welche das Organ innerhalb seines statutenmäßigen Wirkungskreises vornimmt, der juristischen Person zugerechnet. Schuld oder Nicht-Schuld des Organs und sein besonderes Vertragsverhältnis mit der juristischen Person sind für deren Haftung irrelevant. Sie erstreckt sich auch auf außervertragliche Rechtsverhältnisse.[6])

Die Haftung der juristischen Person für ihre Organe ist aber an bestimmte Voraussetzungen gebunden.

Einmal muß die Handlung des Organs bezw. die Unterlassung des gesetzlich oder statutarisch vorgeschriebenen Rechtsaktes im Rahmen der Rechtsfähigkeit der juristischen Person liegen.[7]) Diese ist deliktsfähig nur soweit sie rechtsfähig ist. Ferner muß ein wirkliches Organ[8]) gehandelt haben, das statutengemäß gebildet war. Auch der Substitut eines Organsubjektes ist in Bezug auf seine Haftung als diesem gleichgestellt anzusehen, sofern analog Art. 398, Abs. 3 OR das Organ zur Übertragung eines Geschäftes ermächtigt oder durch die Umstände genötigt war, oder wenn eine Vertretung übungsgemäß als zulässig betrachtet wird.[9])

[1]) Dernburg, § 66, IV; Regelsberger, § 83, II und III; Egger, Anm. 2 zu Art. 55, ZGB; v. Tuhr, BGB, I, S. 464, 538 f.; Burckhardt, S. 422; Mamelok, S. 14; Feine, S. 243; Kelsen, S. 265.

[2]) Windscheid, § 59; Meurer, S. 179 f.; vgl. Literatur und Rechtsprechung bei Gierke, GTh, S. 743 f.; DPR I, S. 528 f.; Haff, S. 283; Staudinger, II. Titel, Vorbem. VI und Komm. zu § 31, BGB; Oertmann, ebendort; ferner Hafter, Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, speziell S. 103; derselbe, ZSR, NF 25, S. 82 f.; Bieder, ebendort, Bd. 27, S. 353 f.; Michoud, S. 233; Huber, Bericht 1901, S. 59; für das öffentl. Recht: Fleiner, Institutionen, S. 163; Goldschmidt, die Deliktsobligationen des Verwaltungsrechts (1905), S. 24 f.

[3]) Art. 55, Abs. 2, ZGB; § 31, BGB.

[4]) Digesten I, 15, 4, 3; Ferrara, S. 892.

[5]) Vgl. Mamelok, S. 17; BE, 10, S. 377; 16, S. 814; 22, S. 486.

[6]) Meurer, S. 180/81; Klingmüller, S. 33 f., S. 41.

[7]) Vgl. S. 36 f.

[8]) Vgl. S. 44 f.

[9]) Die deutsche Theorie läßt auf Grund des Wortlauts von § 31, BGB, die juristische Person für jeden gemäß einer allgemeinen Statutenerlaubnis bestellten Substituten haften, vgl. Oertmann, Anm. 3d zu § 31, BGB.

Weil begrifflich ein Organ nur innerhalb seiner Organkompetenz handeln kann, so muß auch der dem Dritten zugefügte Schaden entstanden sein in Ausübung der dem Organ statutarisch zustehenden Verrichtungen.[10]) Weil die Kompetenzen der Organe meist nur allgemein festgelegt sind, ist der Begriff der in den Rahmen der Organzuständigkeit fallenden Verrichtungen notwendig ein sehr weiter. Die Handlung muß, um die Haftung der juristischen Person zu begründen, „an sich", „üblicherweise", „gewöhnlich", „ihrer allgemeinen Eigenart nach" im Geschäftsbereich des Organs liegen.[11]) Auch eine Überschreitung der Amtsbefugnis des Organs verhaftet die juristische Person nach den Grundsätzen von Art. 55 ZGB, nur muß immerhin eine Amtshandlung vorliegen. Ist z. B. ein statutenmäßig bestellter Kassier mit der Beaufsichtigung eines Transportes beauftragt worden,[12]) so ist er diesbezüglich kein statutenmäßiges Organ, es sei denn, daß die Statuten auch für einen solchen Fall Vorsorge getroffen hätten. Andernfalls haftet die juristische Person nur nach Art. 55 bezw. Art. 101 OR. Ein Mitglied der Verwaltung macht aber die juristische Person gegenüber gutgläubigen Dritten haftbar nach Art. 55 ZGB, wenn es trotz intern verabredeter Geschäftsverteilung unter den Verwaltungsräten eine Handlung vornimmt, die zum Ressort eines Kollegen gehört;[13]) ebenso, wenn es allein handelte, trotzdem es eigentlich nur kollektiv hätte handeln dürfen[14]): zur Amtshandlung selber war das Mitglied der Verwaltung eben statutarisch berechtigt.

Daß der juristischen Person die unerlaubte Organhandlung zugerechnet wird, hat also zur Voraussetzung, daß das Organ „in Ausübung seines Amtes"[15]) und nicht nur „bei Gelegenheit der Ausübung" seines Amtes[16]) gehandelt hat. Ein äußerer zufälliger Zusammenhang zwischen Organhandlung und Schädigung genügt nicht. Das Organ muß als solches die Handlung vorgenommen haben und nicht nur seine Organstellung zu rein persönlichen Zwecken mißbraucht haben. Die Unterscheidung ist nicht leicht, die Interessenabwägung ist jeweils eine quaestio facti.

Die Handlung des Organs dem Dritten gegenüber muß immer eine zu Schadensersatz verpflichtende sein.[17]) Verschulden oder Nicht-Verschulden des Organsubjektes ist für die Haftung der juristischen Person irrelevant, sofern nur der objektive Kausalzusammenhang zwischen dem Organ und seiner Handlung nachgewiesen werden kann.[18]) Ein Exkulpationsbeweis ist ausgeschlossen. Trifft auch das Organsubjekt ein Verschulden, so haftet es neben der juristischen Person als Solidarschuldner.[19])

Im Aktien- und Genossenschaftsrecht wird die Haftung der juristischen Person für ihre Organe durch eine Anzahl von Sonderbestimmungen erweitert (vgl. OR Art. 667, Abs. 5, Art. 669, Ziff. 3, Art. 670, Abs. 3, Art. 674/5, Art. 715). Sie bedeuten nach herrschender Lehre eine Kontraktshaftung, neben welcher die allgemeinen Grundsätze von Art. 55, Abs. 3 ZGB und von Art. 41 OR volle Geltung haben.[20])

Die Haftung der juristischen Person für ihre Organe ist streng auseinanderzuhalten von derjenigen für ihre Hülfspersonen.[21]) Für diese letzteren haftet die juristische Person wie die physische

[10]) Zustehen muß dem Organ natürlich nur die Verrichtung selbst, nicht die schädigende Handlung. Vgl. Egger, Anm. 19 zu Art. 55 ZGB, Oertmann, Anm. 4b zu § zu 31, BGB; Staudinger, Anm. 6, ebendort; BE 41 II, S. 582; 44 II, S. 137; 48 II, S. 9, 156 f.; 49 II, S. 94; 51 II, S. 525; 52 II, S. 360, 528; 53 II, S. 411; Praxis IV, S. 440.

[11]) BE 31 II, S. 100, 297, 637; 48 II, S. 9, 157; 52 II, S. 360.

[12]) Lenel, DJZ, Bd. 7, S. 10.

[13]) Anders Lenel, a. a. O.

[14]) Vgl. RG 110, No. 25.

[15]) Vgl. Entwurf I von 1896 zum ZGB, Art. 75, Abs. 2; § 31 BGB; Entwurf OR 1928, Art. 567, Abs. 3; Art. 55, ZGB, wird analog ausgelegt, trotzdem diese ausdrückliche Wendung fehlt; Huber, Erl. 1901, S. 78; 1914, S. 83.

[16]) Egger, Anm. 19 zu Art. 55 ZGB; Oertmann, Anm. 4 f., Hölder, Anm. 3; Staudinger, Anm. 9; Plank, Anm. 3b zu § 31 BGB; Meurer, S. 176; Wiedemann, S. 574; Ferrara, S. 896; Brodmann, Aktiengesetz, Anm. 1c zu § 231 DH; Beispiele bei Tuor, S. 93, Wertheimer, S. 101/02.

[17]) Egger, Anm. 20 zu Art. 55 ZGB; Blätter XXII, No. 75; RG 9, No. 6.

[18]) Binder, ZSR, Bd. 5, S. 349 f.; Meurer, S. 180; Staudinger, Anm. 10 zu § 31 BGB.

[19]) Vgl. S. 52.

[20]) Silbernagel, S. 429 f.; Wieland, ZSR 23, S. 289 f.

[21]) Egger, Anm. 2 zu Art. 55 ZGB; Wiedemann, S. 603; Regelsberger I, § 83; Mamelok, S. 16; vgl. S.

Person für ihre Angestellten und Arbeiter nach Art. 55 und Art. 101 OR. Sowohl Art. 55 ZGB wie Art. 55 OR statuieren eine gesetzliche Haftung für das Handeln anderer ohne eigenes Verschulden der juristischen Person, beide umfassen auch die Haftung für Zufall, jene aber ohne, diese mit Entlastungs(Exzeptions-)nachweis.[22]) Die juristische Person hat die Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn, deren Maß sich nach den Umständen richtet. Sie haftet also nur für die Versäumung dieser Sorgfalt[23]) (culpa in eligendo, in instruendo, in custodiendo).

Bei der Haftung nach OR Art. 101, die das Vorliegen eines Schuldverhältnisses, nicht eines Vertrages zur Voraussetzung hat, ist der Exkulpationsbeweis der juristischen Person nur möglich unter Berufung auf vertragliche Beschränkung oder Aufhebung der Haftung gemäß Art. 101, Abs. 2 OR. Steht der Angestellte in einem dienstvertraglichen Verhältnis zur juristischen Person, so darf die Haftung nur für culpa levis wegbedungen werden.

2. Strafrechtlich. Die zivilrechtliche Haftung ist rein vermögensrechtlicher Art, sie kann also in vollem Umfang das Vermögen der juristischen Person treffen. Auch öffentlichrechtlichen Geboten, die durch Delikt der Organe verletzt worden und vermögensrechtlich vollstreckbar sind, ist die juristische Person unterworfen.[24]) Die Frage ist allerdings kontrovers, die polizeistrafrechtliche Haftung wird vielfach abgelehnt.[25]) Die strafrechtliche Haftung der juristischen Person als solcher wurde von der Organtheorie als logische Folgerung aus der Konstruktion eines Gesamtwillens postuliert.[26]) Die herrschende Meinung lehnt heute

[22]) Komm. Oser, Anm. 5 zu Art. 55 OR; BE 45 II, S. 86, 647; 47 II, S. 412; 48 II, S. 56; 49 II, S. 94; Praxis IX 18, X No. 162; RG 19, No. 67, 22, No. 53; Seufferts Archiv, Bd. 42, No. 277; Holdheim I, S. 314.

[23]) v. Tuhr, Allg. Teil, S. 543; OR I, S. 352, II, S. 519 und dort zit.

[24]) Sträuli, Anm. 2 zu § 2 ZStGB; Blätter XXIII, No. 119; BE 41 I, S. 216; BE in Ztschr. f. Strafrecht, Bd. 15, S. 173 f. — Vgl. Fleiner, S. 161 f.; Bischoff, S. 50 f.

[25]) Blätter 14, No. 56; Praxis IV, S. 427.

[26]) Gierke, GTh, S. 743, 771; DPR, S. 520; Karlowa, S. 427; Liszt-Schmidt, Lehrb. d. Strafr. (1927), S. 153; Chiodera, S. 32; Hafter, Delikts- und Straffähigkeit, S. 93 ff.; Krüger, Haftung der jurist. Personen, S. 54 f.; Saleilles, de la personnalité juridique, S. 638. Weitere Literatur bei Ferrara, S. 888, 922.

die Anwendung der ins Vermögen vollstreckbaren Normen des Strafrechtes mit Recht ab.[27]) Mit dem Begriff der Zurechnung kommt man in diesem Falle nicht aus, denn die Voraussetzung der Bestrafung ist eine aus dem psychologischen Akt der Willensbildung hervorgegangene Handlung.[28]) Strafrechtlich haften deshalb nur die einzelnen schuldigen Organsubjekte.[29])

[27]) Egger, Anm. 25 zu Art. 55 ZGB; Staudinger, 2. Tit., Vorbem. VI; Meurer, S. 176; Cohn, in Ztschr. f. vgl. Rechtswissensch., Bd. 15, S. 458; nun auch Hafter, Lehrb., S. 63 f., 436; Ferrara, S. 924; Wiedemann, S. 550, Anm. 1, S. 551 f.; Michoud, S. 232; Mestre, les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale (1899), S. 225 f.; Huber, Bericht 1901, S. 421 f.; Sträuli, a. a. O.; Haff, S. 43, 62 f.; Blüher, ZSR 1903, S. 318; BE 41 I, S. 212 f.; RG in Strafsachen, Bd. 15, S. 123, Bd. 5, S. 182. — Vgl. Fleiner, S. 161 f. und dort zit.

[28]) BE 41, S. 215, „volonté coupable", „état d'âme".

[29]) Vgl. S. 53/4; Brodmann, Aktiengesetz, Anm. 2 f. zu § 210; RG in JW (1918), S. 99. Vgl. auch D. 4, 3, 15, 1.

II. Teil.
Die Aktiengesellschaft als Mitglied von Handelsgesellschaften.

§ 5. Die Aktiengesellschaft als Kollektivgesellschafter.

A. Allgemeines, Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung.

1. Allgemeines. Wenn sich mehrere Personen dadurch vereinigen, daß sie ihre psychischen Einzelwillen einem einheitlichen, allgemeinen Willen, einer über ihnen stehenden Teilrechtsordnung unterwerfen, so geschieht das, um einen gemeinsamen Endzweck zu erreichen. Auch einer juristischen Person kann es wünschenswert scheinen, in eine Gesellschaft einzutreten oder eine solche neu zu gründen.[1]) Prima facie erscheint es logisch, daß die juristische wie die physische Person sich zur Erreichung ihres Zweckes ohne Einschränkung der ihr am geeignetsten erscheinenden Gesellschaftsform bedienen kann. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person ist, wie in § 2 ausgeführt wurde, grundsätzlich unbeschränkt. Von einem einzelnen Rechtsverhältnis kann sie durch ihre Natur ausgeschlossen sein (Art. 53 ZGB), im Zweifel aber steht sie der physischen Person gleich. Sie kann also mit einer solchen oder auch mit einer andern juristischen Person in einem Gesellschaftsverhältnis stehen. Jeder Gesellschaftsvertrag richtet sich auf die Vereinigung von Leistungen zur Erreichung

[1]) Vgl. S. 1 ff.

gemeinsamer Zwecke.[2]) Beides, die Verfolgung eines Zweckes und die Bereitstellung von Mitteln dazu, ist ohne weiteres auch der juristischen Person möglich.

Mitgliedschaft an einer Körperschaft ist die Zusammenfassung zahlreicher, dem Mitgliede eingeräumter und gegenüber der Körperschaft bestehender subjektiver Rechte und entsprechender Rechtsverhältnisse personenrechtlicher, dinglicher und obligationenrechtlicher Natur.[3]) Die Fähigkeit einer juristischen Person, in einem Gesellschaftsverhältnis zu stehen, ist in vielen Fällen anerkannt. Wir erinnern z. B. an Gesellschaftsverträge mehrerer Staaten über den Bau und Betrieb von Eisenbahnen, an Verträge zwischen Aktiengesellschaften oder zwischen Aktiengesellschaften und physischen Personen über die Gründung einer Aktiengesellschaft[4]) oder über die gemeinschaftliche Übernahme einer von einem Staate oder einer Korporation beabsichtigten Anleihe,[5]) an die Beteiligung des Staates oder einer öffentlich-rechtlichen Korporation an einer Privatgesellschaft,[6]) um kommunalpolitische Wünsche durchzusetzen oder um die wirtschaftliche Verwaltung

[2]) § 2, J. de societate (3, 25); L 52, D pro socio (17, 2); vgl. Egger, Anm. 1 zu Art. 70 ZGB; Binder, S. 112; Gierke, DPR I, S. 534 f.

[3]) Vgl. Egger, Binder, Gierke, a. a. O.

[4]) Behrend I, § 99, S. 721; Staub, Komm. zu § 209 DH.

[5]) RG in Zivilsachen, Bd. 21, S. 67, Bd. 26, S. 50 f.

[6]) Fleiner, Institutionen S. 120/30 und dort zit. Literatur; Alexander, die öffentliche Hand in der privaten Wirtschaft (1926) spez. S. 97 f.; Geiler, gesellschaftliche Organisationsformen; Friedländer, S. 53 ff.; für schweizerische Verhältnisse spez. Arbenz, die gemeinwirtschaftlichen Unternehmungen im schweiz. Recht (1929); Jöhr; Staatswirtschaft und Privatwirtschaft in der Schweiz (1927), spez. S. 14 f.; Giezendanner, die Vertretung der Arbeitnehmer in den Organen der Aktiengesellschaft (1925). — Ferner Passow, die gemischten öffentlichen und privaten Unternehmungen (1923); Bußmann, die Rechtsstellung der gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen; Bölsen, Kapitalgesellschaften in öffentlicher Hand, Frankf. Diss. 1928; Klausing, S. 47 f.; Freund, in DJZ 1911, S. 1113 f.; Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 149 f.; Cohn, S. 7 f.; Lehmann, Gutachten zu den Verhandlungen des 31. deutschen Juristentages, Bd. 1, S. 225, 536, 547; Leitsätze für den 4. deutschen Städtetag, welche die Schaffung von gemischtwirtschaftlichen Betrieben warm empfehlen; vgl. E, Art. 755; Egger, zur Rev. des Aktienrechtes, S. 43/44; Botschaft, S. 266; vgl. Keynes, das Ende des Laisser-faire, Ideen zur Verbindung von Privat- und Gemeinwirtschaft, München 1926; Frielinghaus in Ru W I, 467, 477.

zu entpolitisieren bezw. rentabler zu gestalten. Die gliedmäßige Einordnung einer Körperschaft in eine andere Körperschaft kann,[7]) muß aber nicht notwendig zu einer andern Gestaltung dieses sozialrechtlichen[8]) Verhältnisses führen, als diejenige einer physischen Person.

Die juristische Person ist also grundsätzlich frei, mit andern — physischen oder juristischen — Personen Gesellschaftsverträge aller Art einzugehen. Sie kann aber nicht Verträge schließen, die das Gesetz ausschließlich auf physische Personen zugeschnitten hat, oder deren Bestimmungen mit für die juristische Person geltenden zwingenden Gesetzesvorschriften in offenbarem Widerspruch stehen. Ist dies der Fall bei der Beteiligung einer Aktiengesellschaft an Handelsgesellschaften? Diese Frage haben wir uns vorzulegen. Die Untersuchung dieses Abschnittes befaßt sich mit der Möglichkeit der Teilnahme einer Aktiengesellschaft an der Kollektivgesellschaft (offene Handelsgesellschaft des DH) als der ihr am wenigsten ähnlichen Gesellschaftsform des Handelsrechtes. Ihr Ergebnis wird also von prinzipieller Bedeutung auch für die andern Handelsgesellschaften sein. Dabei soll ungeachtet der frühern Ausführungen[9]) die vorliegende Frage auch mit Rücksicht auf die in Theorie und Praxis herrschende Meinung zu beantworten versucht werden, welche den Personalgesellschaften die Rechtspersönlichkeit nicht zuerkennen will.

Wir haben also im folgenden eine doppelte Aufgabe zu lösen: Zunächst (unter B) soll untersucht werden, ob in dem Wesen der juristischen Person oder in den Gesetzesbestimmungen über die Kollektivgesellschaft ein Hindernis für die Beteiligung einer Aktiengesellschaft liegt, sodann (unter C), ob nicht die Vorschriften des Aktienrechtes einer solchen Teilhaberschaft entgegenstehen.

Es empfiehlt sich, vorerst einen kurzen Abriß über die Ansichten in Gesetzgebung, Literatur und Rechtssprechung zu unserer Frage zu geben. Eine solche Darstellung ist jedenfalls geeignet, sofort über strittige Punkte aufzuklären und dürfte trotz der Gefahr möglicher Wiederholungen nicht ohne Interesse sein, speziell

[7]) Gierke, GTh, S. 152 f., S. 181 f., 723, 912 f.; DPR I, S. 520/21, S. 524.
[8]) Klausing, S. 109/10, „Verbandsrecht, Sozialrecht".
[9]) Vgl. S. 13 ff.

in Anbetracht der außerordentlich unübersichtlichen, meist in Kommentaren, Anmerkungen und gelegentlichen kurzen Artikeln verstreuten Literatur.

Zudem lassen sich aus der Kontroverse über unsere Frage mehrere für den Versuch ihrer Beantwortung wichtige Schlüsse ziehen: daß eine grundsätzliche Erörterung des Wesens der juristischen Person notwendig ist, um zu einer richtigen Anschauung über ihre Stellung innerhalb einer andern Gesellschaft zu gelangen; daß nur die Auffassung, die Kollektivgesellschaft sei streng nach dem Prinzip der gesamten Hand aufgebaut, die schroffe Ablehnung der Beteiligungsmöglichkeit juristischer Personen, vor allem von Seiten deutscher Juristen wie Brodmann, Staub u. a. erklärt; daß endlich eine rein formalistische Auslegung des Gesetzes nicht Wegleitung bei der Untersuchung einer Rechtsfrage sein kann, so wenig wie sie auf die Dauer einem Bedürfnis der Praxis zu widerstehen vermag.

2. Gesetzgebung. Weder der *französische Code de commerce*, noch das *deutsche Handelsgesetzbuch* erwähnen die Möglichkeit einer Beteiligung juristischer Personen an Handelsgesellschaften. Dagegen spricht der *italienische Codice di commercio* in Art. 88 und Art. 105 von „Firmen" als Mitgliedern von Personalgesellschaften,[10]) ohne aber an irgend einer andern Stelle die Konsequenzen einer Vergesellschaftung von Firmen weiterhin zu erwähnen. Ganz entschieden stellt sich das *Liechtensteinische Zivilgesetzbuch* von 1926 auf den Standpunkt, daß an allen Körperschaften des Privatrechts Firmen oder Verbandspersonen Mitgliedschaftsrechte erwerben können. Art. 689, Abs. 1 dieses Gesetzes definiert die Kollektivgesellschaft wie folgt: „Wenn zwei oder mehrere Einzel- oder Verbandspersonen des privaten oder öffentlichen Rechts oder Firmen unter gemeinsamer Firma ein Unternehmen zu einem wirtschaftlichen oder nichtwirtschaftlichen

[10]) Art. 88, „L'atto costitutivo delle società in nome collettivo e delle società in accomandita semplice, oltre la data, deve indicare:
1° il nome e il cognome, o la ditta, e il domicilio dei soci;..." Art. 105, „Nella società in nome collettivo i soli nomi dei soci, o le loro ditte, possono far parte della ragione sociale..." vgl. Art. 108 des Progetto preliminare 1922 und Art. 109 des Progetto 1927.

Zwecke in dem Sinne betreiben, daß jeder Gesellschafter persönlich unbeschränkt und solidarisch haftbar ist, so entsteht eine Kollektivgesellschaft, sobald dieselbe als solche im Öffentlichkeitsregister eingetragen ist." Ebenso läßt Art. 733 „Personen, Firmen, privat- oder öffentlichrechtliche Verbandspersonen, wie Gemeinwesen..." als Mitglieder einer Kommanditgesellschaft zu. Dasselbe wird ausgesprochen für die Genossenschaft in Art. 428, für die G. m. b. H. in Art. 834. Aus einer Reihe von weiteren Bestimmungen ergibt sich immer wieder derselbe Grundsatz der Gleichbehandlung von physischen und juristischen Personen als Mitglieder von Handelsgesellschaften.[11])

Das *schweizerische Obligationenrecht* spricht wie das deutsche Handelsgesetzbuch nur von „Personen" als Mitgliedern von Handelsgesellschaften.[12]) Die Umschreibung des Begriffs „Personen" und damit die Frage, ob auch juristische Personen als Teilhaber auftreten können, wurde der Praxis überlassen. Die Gesetzesvorentwürfe zur Revision der Titel XXIV—XXXIII des Obligationenrechtes von 1919 und 1922 sprechen dagegen ausdrücklich von „Einzelpersonen oder Firmen". Davon geht der Entwurf von 1928 wieder ab und hält an der Fassung des geltenden Rechtes fest. Die Expertenkommission sprach sich mit Mehrheit gegen die von Huber vorgeschlagene Änderung des bisherigen Gesetzestextes aus, wonach Kollektiv- und Kommanditgesellschaften „auch von Firmen gebildet werden können".[13]) Die Frage, ob Firmen oder juristische Personen als „Personen" im Sinne von Art. 552 OR (E Art. 564) aufgefaßt werden können, bleibt demnach weiterhin der Auslegung vorbehalten. Die ständerätliche Kommission sprach sich allerdings in ihren Beratungen vom 28./29. August 1928 für die Zulassung von Handelsgesellschaften und Genossenschaften als Mitglieder von Personalgesellschaften aus.

3. Literatur. Überblicken wir zuerst die Gründe der Gegner einer solchen Vergesellschaftung: Behrend[14]) hält die Beteiligung einer offenen Handelsgesellschaft an einer andern offenen Handelsgesellschaft für möglich, die Beteiligung einer Aktiengesellschaft oder einer eingetragenen Genossenschaft dagegen für ausgeschlossen, „weil sie mit der Organisation der gedachten Vereinigungen unverträglich ist".

Gleichfalls ablehnend äußert sich Ring.[15]) Eine Beteiligung ist nur möglich, wenn der Vorstand der Aktiengesellschaft allein die offene Handelsgesellschaft vertritt. Hat ein anderer Gesellschafter neben der Aktiengesellschaft ebenfalls die Vertretungsbefugnis, so ist die Beteiligung ausgeschlossen. Genau dieselbe Ansicht vertritt Lehmann.[16])

Entschiedener Gegner einer Beteiligung überhaupt ist Holdheim.[17]) Die formellen Vorschriften des Gesetzes schließen eine solche zum vornherein aus. Sie sprechen von der persönlichen Anmeldung und Zeichnung beim Handelsregister, von Vorname, Stand, Tod des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft und zeigen deutlich, daß sie nur auf physische Personen zugeschnitten sind. Ferner widerstreben der Natur der Aktiengesellschaft Geschäftsabschlüsse unter fremdem Namen. Diese hängen zudem von der Zustimmung der andern Gesellschafter ab, wodurch diese letzteren „auf die Entschließungen und Geschicke der Aktiengesellschaft einen maßgebenden, mit dem DH unvereinbaren Einfluß" gewinnen. Ferner sind die Vorschriften des Gesetzes über die Bilanz der Aktiengesellschaft illusorisch, weil die offene Handelsgesellschaft nicht an dieselben gebunden ist.

Kolb[18]) leitet die Gründe, die ihn die vorliegende Frage negativ beantworten lassen, zur Hauptsache aus der Strukturverschiedenheit der beiden Gesellschaften ab. In Verkennung des Wesens der juristischen Person sagt er: „Das Recht des Aktionärs, über die Verbindlichkeit aus seiner Zeichnung heraus nicht in Anspruch genommen zu werden, ist ein essentielles Individualrecht, eine gegenteilige Bestimmung würde das Wesen der Aktiengesell-

[11]) Vgl. Art. 111, 180, 614, 654, Abs. 1, 690, Abs. 2, 698, Abs. 4, 721, 734.

[12]) OR, Art. 552, Art. 590, Art. 612.

[13]) Huber, Bericht, S. 41; Prot. Exp. Komm. S. 21/23, S. 117; Botschaft, S. 8, S. 212; vgl. Wieland, Handelsrecht I, 829.

[14]) Lehrbuch des Handelsrechtes (1886) I, § 64, Anm. 1.

[15]) Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft (1886), Anm. 4 zu tit. 3, Anm. 7 zu Art. 175.

[16]) Lehrbuch des Handelsrechtes, § 64, S. 463, No. 8.

[17]) Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen, Frankfurt, 1892, No. 20.

[18]) Die Aktiengesellschaft als Mitglied eines Vereins (1896), S. 24.

schaft alterieren. Als Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft würde infolge der unbeschränkten Haftbarkeit die Aktiengesellschaft sich über kurz oder lang ev. in ihrem Bestand gefährdet sehen." Nach Kolb spricht ferner gegen die Beteiligung, daß die offene Handelsgesellschaft unbedingte persönliche Selbstverantwortlichkeit und Unabhängigkeit ihrer Gesellschafter voraussetzt, welchem Erfordernis die Aktiengesellschaft nicht gerecht werden kann, „weil die Entschließungen ihres Vorstandes durch Aufsichtsrat und Generalversammlung beschränkt werden, ihr Betrieb dadurch schwerfällig und unpersönlich wird".

Curti[19]) rät von Kombinationen der Kollektivgesellschaft mit andern Handelsgesellschaften ab, „denn eine Menge Verwicklungen werden daraus entstehen". Einige andere Autoren vertreten die gleiche Ansicht, ebenfalls ohne weitere Begründung oder unter Hinweis auf die eine oder andere zitierte Meinung.[20]) Neu ist nur die mehrfach aufgestellte Behauptung,[21]) die Aktiengesellschaft als Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft führe damit eine zweite, fremde Firma, was ihr nach dem Wortlaut des Gesetzes verboten sei.

Nach Lehmann[22]) darf eine Aktiengesellschaft nicht Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft sein, wenn das Vertretungsrecht auch den andern Gesellschaftern derselben zusteht, „denn dadurch würde die kraft zwingenden Rechts gewährte freie Widerruflichkeit der Vertretungsmacht ihres Vorstandes einfach beseitigt werden".

Derselben Ansicht ist Kunz.[23]) Aus den Bestimmungen des Aktienrechtes leitet er noch weitere Argumente gegen die Beteiligung ab: § 207 DH bestimmt: „Verträge der Gesellschaft, nach denen sie vorhandene oder herzustellende Anlagen, die dauernd zu ihrem Geschäftsbetriebe bestimmt sind, oder unbewegliche Gegenstände für eine den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigende Vergütung erwerben soll, bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Generalversammlung, falls sie vor dem Ablaufe von zwei Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister beschlossen werden." Diese Bestimmung „würde aber illusorisch, wenn die Aktiengesellschaft an einer offenen Handelsgesellschaft teilnähme, denn die letztere könnte jederzeit solche Anlagen erwerben, ohne daß es der Zustimmung der Generalversammlung bedürfte". Da die offene Handelsgesellschaft auch nicht an das Verbot des Erwerbes und der Inpfandnahme eigener Aktien durch § 226 DH (vgl. Art. 628 OR) gebunden ist, kann sie Aktien ihrer Mitgesellschafterin erwerben, wodurch diese Miteigentümerin wird und gegen die Bestimmung des Gesetzes verstößt. — Weiter umgeht nach Kunz die beteiligte Aktiengesellschaft ihre Bilanzvorschriften: es wäre undenkbar, daß die aus der Beteiligung an der offenen Handelsgesellschaft entstehenden Passiva der Aktiengesellschaft in deren Bilanz einzeln aufgeführt werden könnten, wie dies § 40 und § 261 DH (vgl. Art. 656 OR) bestimmen, weil keine entsprechenden Aktiva eingesetzt werden könnten. Das Kapitalkonto bei der Kollektivgesellschaft kann nicht genügen, weil diese nicht an die durch § 261 DH geregelte Bewertungsgrenze für gewisse Gegenstände gebunden ist und diese also höher ansetzen kann. Dadurch erhält dann wieder die Aktiengesellschaft in ihrer Bilanz eine falsche Bewertung ihrer Beteiligung. Diese Gefahr der Umgehung der aktienrechtlichen Schutzbestimmungen führt deshalb Kunz zu dem Resultat, daß die Aktiengesellschaft nicht Gesellschafterin der offenen Handelsgesellschaft sein könne.

Semmel[24]) gibt die grundsätzliche Möglichkeit der Beteiligung einer juristischen Person an einer offenen Handelsgesellschaft zu, lehnt sie aber für die Aktiengesellschaft ab, gestützt auf dieselben Argumente wie Kunz. Durch eine Beteiligung würde eine „fühlbare Rechtsunsicherheit in die wichtigsten Beziehungen

[19]) Schweizerisches Handelsrecht (1903), S. 228.

[20]) Gierke, Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 19, S. 120; Schultze-Görlitz, Handels- und Musterregister, S. 128, 159; Ritter, Komm. DH, Anm. 2 zu § 105; Hergenhahn-Tuchatsch, die offene Handelsgesellschaft, S. 14; Leeb, in Seufferts Blättern, Bd. 13, No. 20; Goldmann, Komm. DH, Anm. 21, § 105; Cohn, Handels- und Genossenschaftsregister, § 85, S. 85; Liebmann, DJZ 1913, S. 230.

[21]) Hergenhahn-Tuchatsch, Goldmann, Liebmann, a. a. O.

[22]) Lehrbuch des Handelsrechtes (1908), S. 284; ebenso in Lehmann-Ring, das Handelsgesetzbuch, Anm. 3 zu § 105.

[23]) Rechtsgebilde als Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft (1914), S. 27 f.

[24]) Beteiligung der Aktiengesellschaft an andern Handelsges. Unternehmungen 1919.

der Aktiengesellschaft getragen, ein bei der ungeheuren Wichtigkeit der Aktiengesellschaft für den Rechtsverkehr unerträglicher Zustand". Auch vom Standpunkt einer Kollektivgesellschaft aus sprechen mehrere Gründe gegen die Zulassung einer Aktiengesellschaft als Gesellschafterin: die offene Handelsgesellschaft ist auf die persönliche Teilnahme jedes Gesellschafters am Gesellschaftsleben aufgebaut; sie wird durch die Selbstauflösung der Aktiengesellschaft oder durch Vermögensveränderungen innerhalb derselben in ihrer Existenz bedroht; aus dem Handelsregister ist nicht ersichtlich, wer Gesellschafter bezw. Vertreter der offenen Handelsgesellschaft ist, wenn eine Aktiengesellschaft bei ihr beteiligt ist. — Auch hier liegt wiederum eine Verkennung des Wesens der juristischen Person vor.

Staub[25]) läßt einige in früheren Auflagen[26]) gegen die Beteiligung vorgebrachte Argumente fallen, vor allem den Einwand der doppelten Firmenführung. Doch hält er seine Bedenken in dem Punkte aufrecht, daß nach dem Wesen der Aktiengesellschaft „grundlegende Vorschriften der Stellung als Gesellschafterin der offenen Handelsgesellschaft widersprechen", obwohl „die Praxis sich über diese Bedenken hinweggesetzt hat". Auch hier wird als ausschlaggebender Grund gegen die rechtliche Möglichkeit der Vergesellschaftung die Gefahr einer unbeschränkten Verpflichtung der Aktiengesellschaft durch ihre Mitgesellschafter in der offenen Handelsgesellschaft angeführt, welcher Verpflichtung die Aktiengesellschaft „nicht durch Abberufung ihres Organes entgehen kann".

Müller-Erzbach[27]) macht aus den gleichen Gründen wie Staub die Beteiligung einer Aktiengesellschaft an einer offenen Handelsgesellschaft so sehr von der Regelung im Einzelfall abhängig, daß er im Prinzip den Gegnern einer solchen Teilhaberschaft zuzuzählen ist. „Diese Unternehmerverbände (— d. h. Aktiengesellschaft und eingetragene Genossenschaft —) können daher nur Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft sein, wenn bei

[25]) Komm. zum Handelsgesetzbuch (1921), Anm. 22 zu § 105 und Einl. zu § 169 DH.

[26]) Komm., Aufl. 1912, Anm. 22 zu § 105.

[27]) Deutsches Handelsrecht, Tübingen 1927.

dieser die Vertretungsmacht der Gesellschafter kraft besonderer Bestimmung des Gesellschaftsvertrages jederzeit widerruflich ist."

Entschiedener Gegner der Teilnahmemöglichkeit überhaupt ist Brodmann.[28]) Für ihn ist die Kollektivgesellschaft ein Gesamthandsverhältnis, dessen Bestimmungen mit den für die Aktiengesellschaft geltenden Gesetzesvorschriften im Widerspruch stehen. Den zitierten Entscheid des Reichsgerichtes empfindet er als durch nichts gerechtfertigt. „Gegenüber der ängstlichen Methode, mit der man sich sonst an den Wortlaut des Gesetzes, oft zu unfrei, bindet, fällt die Leichtherzigkeit doppelt auf, mit welcher man sich hier über wichtigste Bestimmungen des Gesetzes hinwegsetzt, nur um einer Gesellschaftsform zum Dasein zu verhelfen, deren Künstelei jedem unbefangenen und natürlichen Empfinden widerstrebt."

Interessant ist ein Blick auf die letzten Äußerungen der italienischen handelsrechtlichen Literatur zu unserer Frage. Vivante lehnte anfänglich die Möglichkeit ab, daß Aktiengesellschaften mit limitiertem Kapital unbeschränkt haftende Kollektivgesellschafter sein könnten,[29]) änderte dann aber seine Ansicht[30]) und schloß sich der Meinung von Vighi[31]) und Manara[32]) an, wonach die Aktiengesellschaft genau wie eine physische Person unbeschränkt mit demjenigen wechselnden Güterkomplex haften könne, der in einem bestimmten Moment ihr Vermögen ausmache. Auf diese Meinungen der Theorie beriefen sich denn auch zwei bejahende Gerichtsentscheide,[33]) während ein dritter Entscheid diese Schlußfolgerungen ablehnte und sich negativ äußerte.[34]) Die Literatur blieb nicht lange bei ihrer frühern Meinung. Straffa und Bon-

[28]) Aktiengesetz, Anm. 2a zu § 210, Anm. 3c zu § 182, Anm. 3 zu § 295 DH; G. m. b. H.-Gesetz, Anm. 7 zu § 3, Anm. 1 zu § 13; derselbe JW 1922, S. 1656; 1926, S. 682.

[29]) Trattato di diritto commerciale, 1. Aufl., Bd. I, No. 290, S. 330.

[30]) Ebendort, 4. Aufl., Bd. II, No. 298, S. 26.

[31]) La personalità giuridica delle società commerciali (1900), S. 155.

[32]) Delle società e delle associazioni commerciali (1902), Bd. II, 1, No. 408, S. 281, No. 368, S. 448/49.

[33]) Corte di Cass. Torino 20. 7. 1906 in riv. di diritto comm. 1906, II, S. 304; Trib. militare di guerra 25. 6. 1916.

[34]) Monitore dei Tribunali 1916, S. 595.

fante[35]) wiesen die Beteiligung von Aktiengesellschaften an Kollektivgesellschaften als ein unnatürliches, künstliches Gebilde und als ein dialektisches Spiel mit dem toten Buchstaben des Gesetzes zurück. Seitens der Aktiengesellschaft sehen sie kein Hindernis. Die Kollektivgesellschaft aber ist nach ihrer Auffassung so eng mit der römisch-rechtlichen societas verbunden, daß ihr Wesen und ihre Funktion eine Kombination mit juristischen Personen völlig ausschließen. — Diese zuletzt zitierte Ansicht hat bis heute u. W. in der italienischen Literatur keinen Widerspruch gefunden.

Die gegenteilige Ansicht, daß einer Beteiligung an der Kollektivgesellschaft seitens anderer Handelsgesellschaften im allgemeinen und seitens der Aktiengesellschaft im speziellen keine rechtlich relevanten Hindernisse gegenüberstehen, hat in der handelsrechtlichen Literatur ebenfalls eine ganze Anzahl von Vertretern gefunden.

Sicherer[36]) geht von der feststehenden Tatsache aus, daß Genossenschaften und Handelsgesellschaften selbst wieder als Mitglieder in andere eintreten. Aus der Schwierigkeit der rechtlichen Konstruktion dieser Kombinationen bei Ablehnung der juristischen Persönlichkeit aller Handelsgesellschaftsarten schließt er auf die Notwendigkeit der Annahme juristischer Persönlichkeit für alle Gesellschaftsgebilde. Dieser Schluß kann schon hier als verfehlt aus unsern später zu machenden Ausführungen ausscheiden. Abgesehen davon, daß die Möglichkeit der angedeuteten Kombinationen durchaus nicht von vornherein als unumstößliche Tatsache betrachtet werden kann, darf die Auffassung der juristischen Natur der einzelnen Gesellschaftsarten nicht bestimmt werden durch die Möglichkeit oder Erleichterung der Konstruktion ihrer Kombinationen. Die Entscheidung über die Zulässigkeit der letzteren hängt umgekehrt wesentlich von der juristischen Natur der Gliedgesellschaften ab. Daß übrigens trotz Ablehnung der Rechtspersönlichkeit für bestimmte Gesellschaftsarten Verbindungen der-

[35]) Rivista di diritto commerciale, Bd. XIX (1921), I, S. 609 f.

[36]) Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland (1872), § 4.

selben mit andern vorkommen können, werden wir nachzuweisen noch Gelegenheit haben.

Renaud[37]) ist der Meinung, daß bei der Errichtung einer Kommanditgesellschaft physische und juristische Personen, aber auch Gesellschaften, wie die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft, sich beteiligen können, wenn sie nur „vertragsfähig und imstande sind, ein Handelsgewerbe zu betreiben". Was von der Kommanditgesellschaft gesagt wird, gilt auch für die offene Handelsgesellschaft, da die beiden Gesellschaftsarten von Renaud überall als wesentlich gleichartige Gebilde behandelt werden.

Siegmund[38]) hält ebenfalls alle Handelsgesellschaften für fähig, Mitglieder einer Kollektivgesellschaft zu sein. Bei der Aktiengesellschaft ergeben sich seiner Ansicht nach keine Schwierigkeiten, denn „entgegen der gerade hier abweichenden Doktrin läßt sich eine Beteiligung eines solchen Rechtssubjektes als Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft am leichtesten annehmen und durchführen, desgleichen liegt, einmal das Prinzip überhaupt zugelassen, kein Grund vor, weshalb zwei Aktiengesellschaften nicht zusammen eine Kollektivgesellschaft bilden könnten; ist doch die Beteiligung in andern Gesellschaften sehr oft ein in den Statuten deutlich ausgesprochener Zweck der Gesellschaft. „Auch materiellrechtlich erwachsen einer solchen Beteiligung keine besonderen Hindernisse. Der einzige heikle Punkt ist die Wahl der Firma, wenn kein persönlicher Träger derselben vorhanden ist, da in diesem Fall Art. 869 und Art. 873 OR unlöslich kollidieren."

Auch für Hartmann[39]) ist dies die einzige sich ergebende Schwierigkeit. Seines Erachtens ist das kein Grund, eine Verbindung mehrerer Aktiengesellschaften schlechtweg abzulehnen. Man wird „gegebenen Falles genötigt sein, eine Ausnahme von Art. 869 OR zu statuieren und der Kollektivgesellschaft eine Fachfirma beizulegen, in welcher das Gesellschaftsverhältnis zum Ausdruck kommt. Dies kann einfach dadurch geschehen, daß man die

[37]) Recht der Kommanditgesellschaft (1875), S. 137.

[38]) Handbuch f. d. schweiz. Handelsregisterführer (1892), S. 228.

[39]) Die Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft und ihre Verbindung mit Handelsgesellschaften (1895).

Firma der einen Aktiengesellschaft mit einem Gesellschaftszusatz versieht". Allen andern aus einer solchen Beteiligung resultierenden Fragen geht Hartmann aus dem Wege. Insbesondere werden die von Behrend, Ring und Holdheim gemachten Einwände [40]) nicht widerlegt.

Eltzbacher [41]) bestreitet die Berechtigung dieser Einwände: Allerdings wird die Aktiengesellschaft Mitglied einer OHG durch die Handlungen ihrer Mitgesellschafter verpflichtet, diesen letzteren gegenüber ein Abberufungsrecht zu haben. Für Eltzbacher ist dies aber nur eine scheinbare Schwierigkeit, weil nach seiner Auffassung die Mitgesellschafter der OHG nichts anderes sind als Bevollmächtigte der Aktiengesellschaft. „Ihre Vollmacht beruht nicht auf besonderem Vertrage, sondern ist die gekannte und gewollte gesetzliche Nebenwirkung des Vertrages über die Errichtung der OHG." Die Gefahr einer übermäßigen Verpflichtung der Aktiengesellschaft durch ihre Mitgesellschafter bei der OHG bestreitet Eltzbacher nicht, doch ist „der Schluß von der Gefährlichkeit der Teilnahme auf ihre Unmöglichkeit unberechtigt".

Zahn [42]) glaubt eine noch viel einfachere Widerlegung gefunden zu haben gegen den Einwand, die Verpflichtung der Aktiengesellschaft durch unverantwortliche und nicht absetzbare Mitgesellschafter der OHG sei mit den Bestimmungen des Aktienrechtes unvereinbar. Nach ihm nämlich wird die Aktiengesellschaft immer nur durch ihren Vorstand verpflichtet, da alle Verpflichtungsgeschäfte der OHG, welche auch die Aktiengesellschaft berühren, lediglich auf dem „einmaligen Verpflichtungsakt, durch welchen die Aktiengesellschaft in die OHG eintritt", beruhen und durch den sie, vertreten durch ihren Vorstand, „versprochen hat, mit ihrem Gesamtvermögen für die Passiven der OHG einzustehen". Einen ähnlich sophistischen Ausweg findet Zahn gegenüber dem Hindernis der Bestimmungen über den Erwerb eigener Aktien und die Übernahme von Fachanlagen. Diese Bestimmungen werden „nicht förmlich umgangen oder verletzt, da ja das sie entkräftende Ergebnis nicht durch die Aktiengesellschaft selbst und direkt,

[40]) Vgl. S. 65/6.

[41]) In Zeitschrift f. das gesamte Handelsrecht (1896), Bd. XXX.

[42]) In Seufferts Blättern f. Rechtsanwendung, XI, Ergänzungsband.

sondern durch das von ihr verschiedene Rechtssubjekt der OHG geführt wird". Gegen solche Argumente sind die Ausfälle Brodmanns [43]) allerdings berechtigt. Zahn stellt die juristische Person auf die gleiche Stufe wie die bevormundete physische Person, indem er zum Schlusse kommt, daß die Mitgliedschaft bei einer OHG und die Vertretung derselben „einem bevormundeten physischen Rechtssubjekt wie einer vertretungsbedürftigen juristischen Person übertragen werden kann".

Moll [44]) gibt zu, daß die Bestimmungen über die freie Widerruflichkeit des Vorstandes der Aktiengesellschaft, den Erwerb und die Inpfandnahme eigener Aktien, die Übernahme von Anlagen und die Aufstellung der Bilanz „tatsächlich umgangen werden, wenn eine Aktiengesellschaft Gesellschafterin einer OHG ist". Trotzdem erklärt Moll eine Beteiligung einer Aktiengesellschaft an einer OHG für möglich. Es ist noch nicht gesagt, daß das Gesetz dies „für unstatthaft erklären will, weil tatsächlich gewisse Vorschriften über das Aktienrecht illusorisch werden. Das könnte man erst annehmen, wenn ausdrücklich eine Umgehung des Gesetzes durch die Vertragsparteien beabsichtigt wird. Solange das nicht der Fall ist, wird man die Verbindung einer Aktiengesellschaft mit andern Personen zu einer OHG für zulässig erklären müssen".

Cosack [45]) bejaht die Möglichkeit einer solchen Verbindung ebenfalls, jedoch ohne Begründung: „Teilhaber an einer offenen Handelsgesellschaft kann jede Person und jeder Personenverband sein, also auch eine Aktiengesellschaft oder eine andere offene Handelsgesellschaft."

Zeller [46]) enthält sich ebenfalls einer Begründung seines Satzes: „Auch juristische Personen können Mitglieder einer Kollektivgesellschaft sein."

An verschiedenen andern Orten der älteren und neueren Literatur treffen wir auf ähnliche kurze Bemerkungen, die sämtlich

[43]) Vgl. S. 69, Anm. 28, und S. 141, Anm. 30.

[44]) In Holdheims Monatsschrift, XIII. Jahrg. (1904), 106.

[45]) Lehrbuch d. Handelsrechtes (1910), § 190, IV.

[46]) Das Schweiz. Obligationenrecht, Komm. Bachmann (1915), Anm. 2, zu Art. 552.

einer Motivierung entbehren oder sich mit einem Hinweis auf die eine oder andere oben kurz angeführte Ansicht begnügen.[47])

Auch von den neueren Kommentaren zum DH sprechen sich einige für die Zulassung der Aktiengesellschaft als Mitglied der offenen Handelsgesellschaft aus. Flechtheim[48]) hat vom Standpunkte der offenen Handelsgesellschaft aus gegen die Teilhaberschaft von juristischen Personen grundsätzlich nichts einzuwenden. Handelt es sich bei diesen letzteren um eine Aktiengesellschaft oder G. m. b. H., so können sich aus der Organisation derselben materielle Bedenken ergeben. Insbesondere kann die Aktiengesellschaft infolge der Unbeschränktheit der Vertretungsmacht des firmierenden Gesellschafters auch unbeschränkt mit ihrem eigenen Vermögen engagiert werden. Daraus folgt aber nicht die Unzulässigkeit solcher Beteiligung, sondern höchstens deren Unzweckmäßigkeit.

Julius v. Gierke[49]) erachtet „Mischtypen von Personal- und Kapitalgesellschaften" als ohne weiteres zulässig, unter Berufung auf die Entscheidung des Reichsgerichtes.

Feine[50]) ist derselben Ansicht. „Grundsätzlich wird gegen

[47]) v. Tuhr, allg. Teil, S. 456, Anm. 8; Dernburg, Bürgerl. Recht, § 66, I; Lehmann-Ring, Anm. 3 zu § 105 DH; Hachenburg, DJZtg. 1913, S. 53; 1916, S. 787; Held, ebendort, 1913, S. 1197; Silberschmidt, S. 161, derselbe, in Ztschr. f. Rechtspflege, 14. Jahrg., No. 7, S. 97; Blattner, die Rechtsverhältnisse der Mitglieder in der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft, S. 47; Wiedemann, Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen, S. 332; Brand, Anm. 2 zu § 105 DH; Hafner, Note 2; Rosendorff, Deutsche Steuerzeitung 1920, S. 61; Hachenburg, ebendort, S. 29; derselbe, G. m. b. H., § 13, Anm. 7; Bauch, Rechtsform der Kartelle, S. 74; Zielinski, Grundtypenvermischung und Handelsgesellschaftsrecht, 1925; Friedländer, S. 74; Klausing, Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen durch Einzelpersonen und Personenverbände (1928), S. 107, Anm. 1; Hülsen, in Ztschr. f. Aktienwesen, 32. Jahrg. (1922), 7. Heft, S. 257; Goldschmidts Ztschr., Bd. 45, S. 40; Pappenheim, ebendort, Bd. 46, S. 419. Für das französische Recht vgl. Michoud, No. 226; Rousseau, Questions Nouvelles, S. 240.

[48]) In Düringer-Hachenburg, das Handelsgesetzbuch (1926), Anm. 20 zu § 105 und Vorbem. zu § 161 DH; derselbe, rechtl. Organisation der Kartelle, S. 98.

[49]) Handelsrecht und Schiffahrtsrecht (1926), § 30, I, 4.

[50]) S. 231.

eine solche Beteiligung einer G. m. b. H. nur dann etwas einzuwenden sein, wenn positive Vorschriften des Gesetzes sie verbieten oder unmöglich machen."

4. Rechtsprechung. Die *schweizerische* Rechtsprechung hatte bis jetzt noch nie Gelegenheit, über die Zulässigkeit einer Kombination von Handelsgesellschaften mit andern Handelsgesellschaften zu entscheiden. Dagegen hat die schweizerische Registerpraxis vereinzelt solche Kombinationen zum Eintrag ins Handelsregister zugelassen,[51]) gestützt auf eine Entscheidung des Schweizerischen Justizdepartementes aus dem Jahre 1891: Einer solothurnischen Kollektivgesellschaft war vom Schweizerischen Handelsregisterbureau die Eintragung verweigert worden, weil eine andere Kollektivgesellschaft daran beteiligt war. Die solothurnische Justizdirektion wandte sich auf Verlangen der abgewiesenen Firma an das Eidgenössische Justizdepartement. Dieses entschied für die Zulässigkeit einer solchen Verbindung und wies das Handelsregisteramt an, den Eintrag vorzunehmen.

Aus der *deutschen* Rechtsprechung sind dagegen acht Urteile über unsere Frage bekannt. Vier davon sprechen sich gegen,[52]) vier für[53]) die Möglichkeit einer Beteiligung von Gesellschaften an offenen Handelsgesellschaften aus. Treten wir zuerst auf die Begründungen der ablehnenden Entscheide ein.

Sie basieren hauptsächlich auf formalistischen, aus dem Wortlaut des Gesetzes abgeleiteten Gründen: Die Artikel 86, Abs. 1, 123, Abs. 2, 125, Abs. 5 und 88 des alten DHGB sprechen von Vornamen und Stand, Tod, Krankheit und „persönlicher" Unter-

[51]) Vgl. z. B. SHAB vom 1. V. 1893, No. 1083, S. 436, „Commune de Martigny-Bourg & Co."; No. 131 vom 29. III. 1904, S. 521, „Schweiz. Zentralverein vom Roten Kreuz". Für Beispiele aus der deutschen Registerpraxis vgl. Zielinski und Bauers Ztschr., Bd. 19, S. 37; Pappenheim in Ztschr. f. d. gesamte Handelsrecht, NF, Bd. 31, S. 412 f.

[52]) OLG Dresden vom 9. II. 1882 bei Holdheim, Bd. 9, S. 21; OLG Hamburg 1890, in Handelsgerichtsztg., Bd. XII, S. 21 und Ztschr. f. HR, Bd. 40, S. 457; Kammergericht Berlin vom 16. 2. 1891 und vom 9. 1. 1893 in Seufferts Archiv, NF, Bd. 18, S. 171 und bei Holdheim 1893, S. 99 f.

[53]) Bayr. OLG vom 16. II. 1912 in Bd. 27, S. 331; Kammergericht vom 28. 2. 1913 in DJZtg. 1913, S. 1500 und vom 31. V. 1918 in Jahrb. d. Entscheidungen des Kammergerichts, Bd. 51, S. 122; RG Bd. 105, S. 101 f.

zeichnung der einzelnen Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaften. Nach Ansicht der beiden Oberlandesgerichtsurteile wollte das Gesetz damit eine Beschränkung auf physische Gesellschafter statuieren. Im übrigen befassen sich diese beiden Entscheidungen mit der Frage, ob eine offene Handelsgesellschaft selber in einer andern Gesellschafterin sein könne, und gelangen zu einem ablehnenden Schluß nur, weil sie die offene Handelsgesellschaft unter allen Umständen als nach dem Prinzip der gesamten Hand aufgebaut wissen wollen. Das Urteil des Kammergerichtes vom Jahre 1893 dagegen bezieht sich auf einen Fall, in dem zwölf physische Personen und eine eingetragene Genossenschaft eine offene Handelsgesellschaft gründen wollten. In der Begründung seines ablehnenden Standpunktes führt das Kammergericht aus, die offene Handelsgesellschaft sei „auf einen begrenzten Kreis individuell bestimmter Personen angelegt", und fährt dann in Verkennung der juristischen Persönlichkeit der Genossenschaft fort, daß bei der Zulassung ihrer Beteiligung „jeder Wechsel in der Mitgliedschaft der aufgenommenen Gesellschaft auch die aufnehmende in ihrem Bestande berühren würde". Ferner wäre nach Ansicht des Kammergerichtes eine geordnete Registerführung in einem solchen Falle unmöglich, weil das Handelsregister der aufnehmenden Gesellschaft keine Auskunft über die Vertretung der aufgenommenen Gesellschaft geben würde. Überdies wäre die aus einer solchen Beteiligung resultierende „mittelbare Vertretung der juristischen Person durch nicht verantwortliche Personen gesetzwidrig".

Mit diesen Entscheidungen der deutschen Gerichte schien die Streitfrage geklärt zu sein, bis im Jahre 1912 das Bayrische Oberlandesgericht die Beteiligung einer G. m. b. H. an einer Personalgesellschaft für zulässig erklärte. Diesem Urteil schloß sich schon im folgenden Jahre das Kammergericht an, ungeachtet der in dem neuen Urteil gar nicht mehr erwähnten Gründe, die dasselbe Gericht in dem oben zitierten analogen Falle zur grundsätzlichen Ablehnung einer solchen Vergesellschaftung veranlaßt hatten. Dem Bedenken, die G. m. b. H. könne auf die andern vertretungsberechtigten Gesellschafter der aufnehmenden Gesellschaft nicht den gleichen Einfluß ausüben wie auf ihre eigenen Organe, geht der neue Entscheid des Kammergerichts mit der Bemerkung aus dem

Wege, das sei eben „eine Folgeerscheinung einer solchen Beteiligung, die aber dadurch nicht unzulässig" werde.

Diese Urteile der beiden Gerichte veranlaßten eine Änderung der bisherigen Registerpraxis. Kombinationen von Gesellschaften wurden zum Eintrag im Handelsregister von nun an zugelassen.[54]) In der Folge gaben die beiden Entscheide auch dem Reichsgericht indirekt Anlaß, sich zu der Frage zu äußern. Das Amtsgericht Hamburg lehnte am 24. Februar 1922 den Eintrag einer Kommanditgesellschaft, in welcher eine G. m. b. H. als persönlich haftender Gesellschafter und ein Einzelkaufmann als Kommanditär beteiligt sein sollten, ins Handelsregister mit der Begründung ab, daß eine G. m. b. H. nicht persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft sein könne. Das Landgericht Hamburg wies eine Beschwerde der G. m. b. H. zurück unter Billigung der Rechtsauffassung des ersten Richters. Die weitere Beschwerde wurde vom hanseatischen Oberlandesgericht infolge der entgegenstehenden Entscheidungen des Bayrischen Oberlandesgerichtes und des Kammergerichtes nicht abgewiesen, sondern gemäß § 28, Abs. 2 des deutschen Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Entscheidung an das Reichsgericht abgegeben. Dieses hat die Beschwerde gutgeheißen.

In der Begründung seines Urteils sagt das Reichsgericht, daß wichtige, rein wirtschaftliche Interessen zur Errichtung von Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften mit Aktiengesellschaften oder G. m. b. H. als Gesellschaftern führen können und daß „kein Anlaß besteht, diese neuere Entwicklung des Gesellschaftswesens als eine ungesunde oder auch nur bedenkliche anzusehen. Die Gerichte sind nur dann in der Lage, ihr entgegenzutreten, wenn sie aus Gründen des Gemeinwohles zu verwerfen wäre oder mit dem geltenden Rechte in Widerspruch stände". Beides trifft nach der Ansicht des Reichsgerichtes nicht zu. Die Natur der Personalgesellschaft ist mit der Zulassung einer juristischen Person als Mitglied

[54]) Vgl. S. 75, Anm. 51; Münchner Handelsregister 1913; Neues Münchener Tageblatt, G. m. b. H. & Cie., Kommanditgesellschaft. Sitz: München. Gesellschafter: Persönlich haftende Gesellschafterin: Neues Münchener Tageblatt, G. m. b. H. in München; Kommanditäre: 5 physische Personen, 1 Aktiengesellschaft, 2 eingetragene Vereine.

nicht unvereinbar, trotz der unbeschränkten Haftung der Kollektivgesellschafter und der beschränkten Haftung der Gesellschafter einer Aktiengesellschaft oder G. m. b. H. Ist eine solche gut fundiert, so kann sie den Gläubigern größere Sicherheit gewähren als ein Kaufmann mit geringem oder gefährdetem Vermögen. Vermögensschwankungen können eine physische wie eine juristische Person im gleichen Maße treffen. Auf der andern Seite stehen „Struktur und Wesen der G. m. b. H. ihrer Aufnahme als persönlich haftender Gesellschafter in eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft nicht entgegen". Beide Firmen bleiben selbständig, mit getrennter Firma und getrennter Bilanz. Die Gefahr einer übermäßigen Verpflichtung der G. m. b. H. durch dritte Vertreter der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft ohne Möglichkeit, den eigenen abweichenden Willen geltend zu machen, besteht auch ohne diese Beteiligung, weil die eigenen Geschäftsführer der G. m. b. H. diese gegenüber Dritten mit bindender Wirkung verpflichten können. An einen Verstoß gegen die guten Sitten könnte nach Ansicht des Reichsgerichtes nur dann gedacht werden, wenn der einzige Zweck einer solchen Gründung die Umgehung des Steuergesetzes wäre.[55])

Dieser Entscheid des Reichsgerichtes, der also die Möglichkeit einer Vergesellschaftung von Handelsgesellschaften grundsätzlich bejaht hat, ist von der deutschen Praxis sehr begrüßt und auch von der Theorie, die bisher zum größten Teile gegenteiliger Ansicht war, akzeptiert worden,[56]) zum Teil nicht ohne einiges Zögern.[57])

B. Die Gesetzesbestimmungen über die Kollektivgesellschaft.

I. Beitritt einer Aktiengesellschaft zu einer Kollektivgesellschaft.

1. Allgemeines. Vorgängig einem Überblick über den 24. Titel des Obligationenrechtes, der Gelegenheit geben wird, die aus einzelnen Gesetzesbestimmungen sich möglicherweise er-

[55]) Vgl. S. 119 f.

[56]) Müller-Erzbach, a. a. O.; Friedländer, a. a. O.

[57]) Vgl. Brodmann.

gebenden Bedenken gegen die Beteiligung einer Aktiengesellschaft an einer Kollektivgesellschaft zu erörtern, muß die Frage erhoben werden, ob das Wesen der letzteren nicht von vornherein die Beteiligung einer juristischen Person ausschließt.

Von allen Handelsgesellschaften hat die Kollektivgesellschaft am meisten den Charakter einer Arbeitsgesellschaft bewahrt. Die Idee der ihr ursprünglich zugrunde liegenden deutschrechtlichen Gemeinderschaft zur gesamten Hand ist auch heute noch in ihr lebendig. trotzdem der moderne Handelsverkehr dem Wesen der Gesamthand widersprechend rasches Handeln ohne langes vorheriges Anfragen der Mitgesellschafter verlangt, wobei Dritte gegen deren etwaigen nachträglichen Widerspruch gesichert sein müssen. Die Kollektivgesellschaft ist aber grundsätzlich die Gesellschaftsform des unmittelbaren Personalkredites und der persönlichen Beteiligung der Teilhaber am Gesellschaftsleben geblieben.[58]) Die Teilhaber haben ihre gesamte Tätigkeit, ihr gesamtes Wissen und Können in den Dienst der Gesellschaft zu stellen. Diese persönliche Note, diese Treuepflicht innerhalb eines derartig auf gegenseitiges Vertrauen und persönlichen Zusammenwirkens aufgebauten Verpflichtungsverhältnisses wird aber bei der Beteiligung einer Aktiengesellschaft nicht illusorisch. Die juristische Person kann sich nicht nur mit einem Kapitalbeitrag beteiligen, sondern auch durch ihre Organe, deren Handlungen ihr zugerechnet werden, am Gesellschaftsleben teilnehmen. Gegenseitiges Vertrauen und persönliches Zusammenwirken ist auch zwischen den Organen der beteiligten juristischen Person und den übrigen Kollektivgesellschaftern möglich. Auch die Organe, z. B. die Verwaltung der Aktiengesellschaft, werden oft über ein großes Maß von Wissen, Sachkenntnis und praktischer Erfahrung verfügen, welche sie wie jeder andere Teilhaber im Dienste der Kollektivgesellschaft verwerten können. Dazu kommt ein weiteres Moment: Geschäftsverbindungen, Tradition und Ruf sind meist so sehr mit der juristischen Person selber verknüpft, daß die Betei-

[58]) Zeller, Anm. 1 zu Art. 552 OR; Düringer-Hachenburg IV, S. 349, Vorbem. I zu § 105 DH; Wieland, § 42, S. 523, § 44, S. 534; Staub, Anm. 4 zu § 105 DH; Brodmann, G. m. b. H.-Gesetz, Anm. 1 zu § 13; Aktiengesetz, Anm. 3c zu § 182; Botschaft, S. 212; Prot. Exp. Komm., S. 20.

ligung einer solchen an einer Kollektivgesellschaft schon an und für sich für diese wertvoll sein kann, nach außen hin u. U. deren Kredit mehr zu heben und das Vertrauen zu ihr mehr zu fördern vermag, als die Verbindung mit einer physischen Person. Endlich ist darauf hinzuweisen, daß das Prinzip der persönlichen Beteiligung an der Geschäftsführung auch für die physischen Kollektivgesellschafter durchaus kein zwingendes ist: Art. 553, Ziff. 4 und 560 OR (§ 114, 2 DH) sagen ja, daß die Vertretungsbefugnis bezw. Geschäftsführung im Gesellschaftsvertrag auch anders geregelt und nach Belieben nur bestimmten Gesellschaftern übertragen werden kann. Wäre die persönliche Teilnahme des Gesellschafters am Gesellschaftsleben jus cogens, so wäre die unbestritten mögliche Beteiligung eines Minderjährigen an einer Kollektivgesellschaft ja ebenfalls ausgeschlossen.[59]) Es geht zu weit, grundsätzlich zu sagen, die persönliche Tätigkeit des Kollektivgesellschafters könne völlig entfallen. Aber sie verträgt überall eine Ausübung durch Stellvertreter. Die Beteiligung kann sich auf diese Weise zu einer solchen rein kapitalistischer Natur reduzieren.

Es kann Fälle geben, in denen eine Kollektivgesellschaft, z. B. infolge wiederholten Erbganges, sehr viele Teilhaber haben kann, die dann bis auf wenige von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen sind, eventuell in einer besondern Versammlung Mehrheitsbeschlüsse fassen können. Dabei kann sogar die Veräußerung der Gesellschaftsanteile als zulässig erklärt werden. Äußere Gründe, z. B. das Interesse des Kredites oder der Wunsch nach unveränderter Erhaltung der Firma, können die Beibehaltung der Form der Kollektivgesellschaft bedingen, obwohl es sich in Wahrheit um eine kapitalistische Beteiligung handelt.[60]) Diesem

[59]) Renaud, § 20, S. 137; Dernburg, Vormundschaftsrecht (3. Aufl., § 65, S. 264; Frankenburger, Minderjährige als Kaufleute, in Holdheims Wochenschrift, Bd. 8, S. 91; Staub, Anm. 24 zu § 105, Anm. 21 zu § 1, Anm. 4 zu§ 20 DH; Lehmann, § 57; Tuor, S. 105; Bolze, Bd. 13, No. 498; 14, No. 489; RG Bd. 36, S. 60.

[60]) RG Bd. 36, S. 60, erwähnt das Beispiel einer Kollektivgesellschaft mit 159 Mitgliedern; vgl. RG vom 31. III. 1914 in LZ 1914, S. 1030; Flechtheim, ebendort, S. 1268; Wieland, S. 521; vgl. SHAB vom 1. 5. 1893, No. 1083, S. 436, wo eine Kollektivgesellschaft unter der Firma „Commune de Martigny-Bourg & Cie." figuriert, bestehend aus 37 Privatpersonen und der

Charakter läßt sich im Innenverhältnis der Gesellschafter bei der elastischen Natur der hiefür maßgebenden Rechtsnormen weitgehend Rechnung tragen. Dagegen läßt sich im Außenverhältnis der individualistische Charakter der Kollektivgesellschaft auch in solchen Fällen nicht verwischen. Das gilt vor allem hinsichtlich der unbeschränkten persönlichen Haftung für die Gesellschaftsschulden.

Wenden wir uns bei dieser Gelegenheit kurz zu der Aktiengesellschaft. Sie kann entweder in eine bereits bestehende Kollektivgesellschaft eintreten oder mit andern Personen eine solche neu bilden. Den Gesellschaftsvertrag schließen für die Aktiengesellschaft gemäß Art. 651/4 OR ihre Verwaltung, für die Kollektivgesellschaft nach Art. 560/1 OR die Teilhaber (§ 85, § 113 16 DH). Durch die Beitrittserklärung der Verwaltung der Aktiengesellschaft wächst der Kollektivgesellschaft nur ein Mitglied zu, nur die Aktiengesellschaft als solche.

Es ist quaestio facti, ob in der Beteiligung an einer Kollektivgesellschaft eine Änderung des Gesellschaftszweckes der Aktiengesellschaft liegt. Eine solche dürfte der Minderheit der Aktionäre durch die Mehrheit nach Art. 627, Abs. 3 OR nicht aufgenötigt werden. Für den Gesellschaftszweck ist in den Statuten aber meist nur ein Rahmen entworfen, der seine Ausfüllung in weiteren Festsetzungen empfängt, die durch die allmähliche Entwicklung der Gesellschaft bedingt sind.[61]) Die Verbindung mit einer Kollektivgesellschaft wird also sehr oft keine Statutenänderung nötig machen.

Dagegen ist die Beteiligung an einer Kollektivgesellschaft zweifellos als Erweiterung des Geschäftsbereiches der Aktiengesellschaft aufzufassen.[62]) Mangels einer statutarischen Bestim-

Gemeinde Martigny-Bourg, geleitet von einem alle 2 Jahre neu gewählten Comité von 5 Mitgliedern und nach außen vertreten durch die Kollektivunterschrift des Präsidenten und des Sekretärs.

[61]) Zeller, Anm. 2b zu Art. 616, Anm. 6 und 7 zu Art. 627 OR und dort zit.; Brodmann, Aktiengesetz, Anm. 10 zu § 182 DH; Staub, Anm. 18 zu § 182 DH; Silbernagel, S. 190, 198; RG 62, S. 96, wo „Betrieb von Handelsgeschäften" für ausreichend erklärt wird zur Angabe des Gegenstandes des Unternehmens.

[62]) Nicht als Fusion, denn dort besteht nur die aufnehmende Gesellschaft

mung muß also nach Art. 627, Abs. 2 OR eine Generalversammlung, in welcher mindestens $^2/_3$ aller Aktien vertreten sein müssen, eine solche Beteiligung beschließen. Obwohl die Verwaltung grundsätzlich über alle Vermögensbestandteile der Gesellschaft verfügen kann, und obwohl im konkreten Falle der Kapitalbeitrag als Kollektivgesellschafter relativ gering sein kann, so ist die Tragweite der Beteiligung rechtlich dennoch eine sehr große, weil die Aktiengesellschaft mit ihrem ganzen Vermögen für die Resultate des Gewerbebetriebes der Kollektivgesellschaft haftbar wird. Der ratio der Bestimmung von Art. 627, Abs. 2 gemäß kann also hier sehr wohl von einer Erweiterung des Geschäftsbereiches gesprochen werden, welche die Verwaltung der Aktiengesellschaft nicht ohne vorherige Befragung der Generalversammlung vornehmen kann.[63])

2. Der Eintrag ins Handelsregister. Art. 553 OR bestimmt, daß die Eintragung einer Kollektivgesellschaft im Handelsregister Namen und Wohnort eines jeden Gesellschafters enthalten müsse. Das DH verlangt in § 106 überdies noch ausdrücklich Vornamen und Stand. Der schweizerische Entwurf spricht in Art. 554 von Namen, Heimat und Wohnort. An Stelle von Namen und Wohnort treten für die Aktiengesellschaft ihre Firma und ihr Sitz.[64]) Die Firma eines jeden Gewerbetreibenden ist der Name, unter dem er im Rechtsverkehr handelnd auftritt.[65]) Die nach

rechtlich weiter fort, während die aufgelöste Gesellschaft rechtlich untergeht. Hier handelt es sich dagegen um „Kombination" nicht um „Annexion", beide Gesellschaften bestehen rechtlich unverändert weiter.

[63]) Siegmund, S. 233; vgl. analog für das DH: Brodmann, Aktiengesetz, Anm. 4a zu § 207, 6c zu § 213, 2 und 3 zu § 235 DH; Anm. 10 zu § 235; Düringer-Hachenburg, IV, 34, S. 411; Geiler, gesellschaftliche Organisationsformen, S. 75 f.; RG in DJZ 24, S. 317; RG Bd. 115, S. 249.

[64]) Düringer-Hachenburg IV, Anm. 5a zu § 106; Staub, Anm. 3 zu § 106; Zeller, Anm. 5 zu Art. 865 OR; v. Tuhr, BGB I, § 30, S. 448; Siegmund in Verhandlg. des SJV 1897, S. 102 f., 122 f., 256, BE 17, S. 512; BE vom 29. 2. 1928; Praxis VII, Heft 5, S. 279, § 17 DH und Komm.

[65]) Gierke, in GTh, S. 450: „Die Firma ist ein von der Rechtsordnung anerkannter und geschützter, durch das Handelsregister veröffentlichter, für und gegen jedermann die Gesellschaft als Personeneinheit kennzeichnender Name ... ist der Personenname das äußere Zeichen der individuellen Persönlichkeit, die Firma aber nichts anderes als ein besonderer kaufmännischer Personenname, so läßt die durch die gesellschaftliche Firmeneinheit bewirkte

deutschem Recht erforderliche Angabe des Vornamens ist nicht als Gültigkeitserfordernis des Eintrages aufzufassen. Die gegenteilige Ansicht würde zur Konsequenz führen, daß auch physische Personen, die keinen Vornamen besitzen, z. B. weil sie aus einem Lande stammen, wo dieser nicht üblich ist, von der Mitgliedschaft bei einer Kollektivgesellschaft ausgeschlossen wären. Der Vorname hat nur die Bedeutung, Personen mit gleichem Geschlechtsnamen voneinander zu unterscheiden, die Vorschrift seines Eintrages im Handelsregister bezweckt lediglich eine genaue Kennzeichnung der einzelnen Gesellschafter, um Verwechslungen vorzubeugen. Wo dieses Ziel auf andere Weise erreicht werden kann, besteht kein Anlaß, den Eintrag eines vornamenlosen Sozius zu verweigern. Das Vorhandensein einer gleichnamigen Aktiengesellschaft im selben Handelsregisterbezirk ist aber nicht zu befürchten. Weiter verlangt § 106 DH die Angabe des Standes eines jeden Kollektivgesellschafters. Der „Stand" der Aktiengesellschaft ist nach deutschem Recht ihre gesetzliche Kaufmannseigenschaft.[66])

Sollte das Registeramt Angabe des Gegenstandes des Unternehmens des Teilhabers fordern, so wird der Gesellschaftszweck der bereits bestehenden Aktiengesellschaft angegeben, oder, falls sie nur zu dem Zwecke gegründet wird, um sich an der Kollektivgesellschaft zu beteiligen: Beteiligung an einer Kollektivgesellschaft.

Die in Ziff. 1—4 erwähnten Tatsachen oder Veränderungen derselben müssen nach Art. 554 OR (§ 108 DH) von allen Kollektivgesellschaftern persönlich vor der Registerbehörde unterzeichnet oder in beglaubigter Form zur Eintragung angemeldet werden. Überdies haben die vertretungsberechtigten Gesellschafter Firma und Namen der Gesellschaft vor der Registerbehörde zu zeichnen. Für die Aktiengesellschaft erscheint ihr dazu designiertes Organ vor der Registerbehörde, seine Unterzeichnung wird der Aktien-

Namensgemeinschaft sich schlechthin nur als Zeichen einer Verbindung der Personen als solcher denken".

[66]) Staub, Anm. 1 und 2 zu § 6 DH, Anm. 14 und 15 zu 210 DH; Brodmann, Aktiengesetz, Anm. 4 zu § 210 DH; Wieland, S. 442 ff.; derselbe für das schweiz. Recht in Anm. 28, S. 443; vgl. dort zit. Literatur; Siegmund, S. 173 und in Verhandl. des SJV 1897, S. 286 f.

gesellschaft zugerechnet.[67]) Weil die Anmeldung „persönlich" erfolgen muß, so darf die Aktiengesellschaft sich nicht durch einen rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter anmelden, sondern nur durch eines ihrer gesetzlichen Organe.

Es erhebt sich die Frage, ob die Aktiengesellschaft auch Vertreter sein könne? Das ist zu bejahen, unter Hinweis auf die früher gemachten Ausführungen über die Rechts- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person. Die Aktiengesellschaft kann also grundsätzlich vertretungsberechtigter Kollektivgesellschafter nach Art. 560/61 OR sein. In diesem Falle kommt Art. 554 OR sinngemäß zur Anwendung. Der Registereintrag hat den Zweck, die Identität der Teilhaber festzustellen, Auskunft darüber zu geben, wer für die Kollektivgesellschaft handelt.[68]) Also muß der Eintrag der Kollektivgesellschaft auch über die Person der Organe der Aktiengesellschaft Auskunft geben, welche auf Grund gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmungen als „Vertreter des Vertreters" für die Kollektivgesellschaft tätig sind.[69]) Diese dazu designierten Organsubjekte müssen also vor der Registerbehörde erstens die Firma der „umschließenden" Kollektivgesellschaft, zweitens zur Kenntlichmachung, daß sie für die innerhalb dieser Kollektivgesellschaft vertretungsberechtigte „umschlossene" Gesellschaft handeln, die Firma dieser letztern zeichnen unter Hinzufügung endlich ihres eigenen Namens. Analog wird das Organ der Aktiengesellschaft in der Regel auch bei seinem für die Kollektivgesellschaft vorgenommenen Vertreterhandlungen zeichnen. Doch braucht bei Rechtsgeschäften der Kollektivgesellschafter in der Unterschrift derselben nach Art. 563 OR die Firma der Kollektivgesellschaft nicht notwendig zu figurieren,[70]) wie denn auch die Vorschriften des Art. 458 OR (§ 51/2 DH) und Art. 652 OR (§ 233 DH), welche

[67]) Vgl. Siegmund, S. 228.

[68]) Siegmund, S. 228, S. 236.

[69]) Siegmund, a. a. O.; Staub, Anm. 3 zu § 106; anderer Ansicht Düringer-Hachenburg IV, Anm. 5a zu § 106 DH, wo die Anmeldung hinsichtlich der Organsubjekte als „zulässig und zweckmäßig", aber nicht als notwendig bezeichnet wird.

[70]) Curti, No. 2926 und 4439; Zeller, Anm. 5 und 6 zu Art. 563 OR; BE 14, S. 325; Siegmund, S. 248; vgl. v. Tuhr OR I, S. 316, Anm. 42, RG 75, S. 4.

diese Form der Zeichnung vom Prokuristen und von der Verwaltung einer Aktiengesellschaft ausdrücklich verlangen, nur Ordnungsvorschriften sind.

Technisch etwas kompliziert wird die Zeichnung, wenn bei einer Kollektivgesellschaft, bei welcher Kollektivzeichnung vorgeschrieben ist, einer der zur Kollektivunterschrift berechtigten Teilhaber die Aktiengesellschaft ist, deren Organe ebenfalls kollektiv zeichnen. Entsprechende Satzungsbestimmungen können diese formelle Umständlichkeit ohne weiteres beseitigen.

Wie verhält es sich bei einem Wechsel der Organpersonen der für die Kollektivgesellschaft vertretungsberechtigten Aktiengesellschaft? An sich wird die Vertretung der Kollektivgesellschaft rechtlich nicht geändert, die Aktiengesellschaft bleibt Vertreter. Weil die letztere aber, wie oben ausgeführt worden ist, in dieser Vertretereigenschaft im Sinne von Art. 554, Abs. 3 OR zur Anmeldung auch der Namen ihrer designierten Organpersonen verpflichtet ist, muß sie Änderungen in ihren Personalverhältnissen, die indirekt auch die Kollektivgesellschaft berühren, gemäß Art. 861 OR[71]) auch beim Handelsregister anmelden und die neuen Organe zu einer neuen Zeichnung vor der Registerbehörde veranlassen. Diese Zeichnung bezweckt ja unter anderem auch, für die im Handelsverkehr häufig erforderliche Prüfung der Echtheit von Unterschriften eine möglichst sichere Unterlage zu gewähren.[72]) Aus diesen Gründen sind sowohl die Kollektivgesellschaft wie die Aktiengesellschaft zur Anmeldung eines Wechsels der Organsubjekte der letzteren verpflichtet. Die Registerbehörde kann die Anmeldung der veränderten Tatsachen durch Ordnungsstrafen erzwingen.[73])

Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß Dritten, die sich über die Zusammensetzung der Kollektivgesellschaft orientieren wollen, der Handelsregistereintrag der Aktiengesellschaft als solcher ergänzende Auskunft über die näheren Verhältnisse dieses

[71]) Zeller, Anm. 1, Ziff. 2 zur Art. 861 OR; vgl. § 125, Abs. 4 DH; Düringer-Hachenburg, Anm. VI, Staub, Anm. 24; Siegmund, S. 228.

[72]) Staub, Anm. 4 zu § 12 DH; RG 54, S. 171.

[73]) Siegmund, S. 175; Art. 864 OR; Art. 25 der Verordnung über Handelsregister und Handelsamtsblatt vom 6. 5. 1890.

Teilhabers gibt (Art. 621, 626, 653, 665, 669 OR; vgl. vor allem Erg. VO II zur Handelsregisterverordnung). Das Registerblatt der beteiligten Aktiengesellschaft kann als eine Art „integrierender Bestandteil“ [74]) des Registerblattes der Kollektivgesellschaft bezeichnet werden.

3. Die Firma. Bei der Errichtung der Kollektivgesellschaft müssen sich die Kontrahenten über den Wortlaut der einzutragenden Firma einigen. Nach dem schweizerischen Recht gilt das Prinzip der Firmenwahrheit.[75]) Die Firma der Kollektivgesellschaft muß den Namen wenigstens eines Teilhabers mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz enthalten (Art. 869, 872, 902 OR).[76]) Sind bei der Kollektivgesellschaft physische Gesellschafter beteiligt, so kann die Firma enthalten entweder einen oder mehrere Namen dieser physischen Teilnehmer mit einem Gesellschaftszusatz, was die Regel sein wird, oder den Namen der Aktiengesellschaft und einen oder mehrere Namen der physischen Gesellschafter mit einem Gesellschaftszusatz oder endlich die Firma der Aktiengesellschaft und einen Gesellschaftszusatz. Nur in den beiden letzteren Fällen ist die Beteiligung der Aktiengesellschaft in einer für Dritte schon aus der Firma erkennbaren Weise deutlich gemacht, in der ersteren Art der Firmenbildung verschwindet ihre Teilnahme in dem Anhängsel „& Co.“.

Unlösbar ist daher auch keineswegs, wie Siegmund und Hartmann [77]) annehmen, der Widerspruch zwischen Art. 869 OR (§ 19 DH) und Art. 873 OR (§ 20 DH), wenn sich mehrere Aktiengesellschaften zu einer Kollektivgesellschaft vereinigen, ohne daß physische Personen daran teilnehmen. Zwei Banken können z. B. ein Handelsgewerbe, dem sie bisher Kredit gewährt haben, selber betreiben wollen und schließen ad hoc eine Kollektivgesellschaft ohne Treuhänder oder Strohmänner. Die Firmen dieser Gesellschafter sind eben hier die von Art. 869 OR für die Kollektivgesellschaft verlangten Namen, gemäß dem oben ausgeführten Grundsatz, daß die Firma eines jeden Gewerbetreibenden der Name ist, unter dem er im Rechtsverkehr handelnd auftritt. Das öffentliche Interesse an der Firmenwahrheit bleibt durch einen solchen, die wirklichen Verhältnisse wiedergebenden Eintrag jedenfalls besser gewahrt, als durch ein infolge wörtlicher Interpretation des Gesetzestextes veranlaßtes Strohmännertum.[78])

Die Eigenschaft, kurz und prägnant zu sein, geht einer solchen „Firmenfirma“ freilich ab; sie muß darauf verzichten, um dem Gesetz zu genügen. Die Handelssprache stört dies nicht, sie ist in der Schriftform oft gespreizt, in der mündlichen Rede aber kurz und bündig und begnügt sich hier mit Schlagworten und Abkürzungen auch bei Anführung der Firma. Mit Geschick und etwas Geschmack kann außerdem ein umständlicher Wortlaut derselben vermieden werden. Ferner ist zu beachten, daß die Firmenfirmen vielfach nicht stark im täglichen Verkehr stehen, vielmehr meist nur für Interessenverbände oder Dachgesellschaften gebildet werden.

Obwohl hier nur die sich aus der Beteiligung einer Aktiengesellschaft ergebenden Fragen zu untersuchen sind, soll doch bei dieser Gelegenheit auf die durchaus analoge Firmenbildung einer Kollektivgesellschaft hingewiesen werden, welche eine andere Kollektivgesellschaft als Teilhaber hat. Z. B.: die Gesellschaft No. 1 besteht aus den Personen X, Y und Z und wird unter der Firma X & Co. geführt. Sie bildet mit den Personen M & N zusammen die Kollektivgesellschaft No. 2. Hartmann [79]) behauptet nun, weil

[74]) Kammergericht, Bd. 11, S. 17; Siegmund, a. a. O.

[75]) Vgl. Burckhardt, ZSR, NF 1897, S. 479/562; vgl. dazu Siegmund, in Verhandlg. SJV, S. 90/110, S. 140 f., 205, 215, 270; Locher, S. 11 f., 38 f., 53 f., 84 f.; Kreisschreiben des Bundesrates über die Bildung der Firmen der Personalgesellschaften im BBl. 1883, S. 1083; Beschluß des Bundesrates vom 8. 11. 1898 in BBl. 1899, S. 369; Zeller, Einl. zu Art. 865 OR. — Im deutschen Recht gilt dieses Prinzip nicht, vgl. § 22 und § 24 DH.

[76]) Zu der durch derogierendes Gewohnheitsrecht sanktionierten, von Registerbehörden und Gerichten gutgeheißenen, von Art. 873 OR (vgl. E, Art. 932) abweichenden Praxis bei der Aktiengesellschaft, vgl. BE 45 II, S. 626; BE 47 II, S. 6 ff.; Egger, Anm. 32 zu § 1 ZGB; Siegmund, in Verhandlg. des SJV, S. 205, 215 f.

[77]) Siegmund, S. 229, Hartmann, S. 282.

[78]) Vgl. in der deutschen Praxis z. B. „Bayr. Vereinsbank A. G. & Co.“, „Benz, Rheinische Automobile & Motoren A. G., Mannheim & Co.“; ferner die Beispiele bei Pappenheim, in Ztschr. für das gesamte Handelsrecht, NF, Bd. 31, S. 412 ff.; bei Zielinski, a. a. O. und in Bauers Zeitschr., a. a. O.

[79]) S. 92.

alle Teilhaber der Gesellschaft No. 1 einander gleichgestellt seien, so könne der Name eines jeden auch in der Gesellschaft No. 2 figurieren. Die Firma dieser letzteren könne lauten: N & Co., M & Co.. M.-N. & Co., oder irgend eine Verbindung dieser mit X, Y und Z. Sie dürfe auch lauten Y & Co., Z & Co., nicht aber X und Co., weil dies die Firma der Gesellschaft No. 1 ist. — Solche beliebige Kombinationsvariierungen sind unmöglich.[80]) Die Firma X & Co. deckt alle Gesellschafter, sie ist der Geschäftsname, unter dem X, Y und Z ihr Gewerbe betreiben. Unter dieser Firma treten sie in die Gesellschaft No. 2 ein, diese Firma ist ihr vom Art. 869 OR verlangter Name, der für den einzelnen Gesellschafter unveränderlich bleibt, solange nicht die Gesellschaft eine andere Firma gewählt hat und hat eintragen lassen. Die Firma der Gesellschaft No. 2 kann also nur lauten: M & Co., oder N & Co., oder X & Co. (event. mit einem Zusatz, um sie von der Firma der Gesellschaft No. 1 zu unterscheiden) oder eine Kombination dieser Namen. X oder Y oder Z erscheinen aber nicht als Gesellschafter der Gesellschaft No. 2.

Bei der Beteiligung einer Aktiengesellschaft an einer Kollektivgesellschaft ergeben sich also keine Schwierigkeiten hinsichtlich des Vertragsabschlusses, des Registereintrages und der Firmenbildung. Das von mehreren Gegnern einer solchen Beteiligung vorgebrachte, oft sogar als ausschlaggebend bezeichnete Argument, die Aktiengesellschaft führe in einem solchen Fall eine zweite fremde Firma im Rechtsverkehr,[81]) ist entschieden zurückzuweisen. Nach der herrschenden Meinung kann eine Handelsgesellschaft allerdings nur eine Firma führen.[82]) Eine doppelte Firmenführung

[80]) Ebenso Siegmund, S. 230.

[81]) Staub, Komm. zu § 105; Hill, die Vertretungsmacht des offenen Handelsgesellschafters (Heidelberg 1911), S. 16; Siegmund, in Verhandl. SJV, S. 183/4, 270, 273. 286; Goldmann, Anm. 20 zu § 105 DH; Hergenhahn-Tuchatsch, die offene Handelsgesellschaft (1894), S. 14/15; Leeb, S. 30; Gierke, GTh, S. 458, Anm. 1; Kammergericht vom 19. X. 1896.

[82]) Düringer-Hachenburg, Anm. 4 zu § 20 DH; Staub, Anm. 3 zu § 17, Anm. 6 zu § 19, Anm. 12 zu § 22, Anm. 16 zu § 182 DH; Ritter, Anm. 8 zu § 19 DH und dort zit.; Brand, Anm. 5 zu § 20 DH; Staub-Hachenburg, Anm. 14 zu § 4 DH; Hülsen, Zeitschr. f. Aktienwesen, Heft 7, S. 257; Gerichtsentscheide bei Staub, Anm. 3 zu § 17. — Anderer Ansicht Opet, in

kommt hier aber überhaupt nicht in Betracht. Der ganze Streit reduziert sich auf die unbedingt zu bejahende Frage, ob die Aktiengesellschaft Vertreter eines andern Rechtssubjektes sein könne.[83]) Die vertretungsberechtigte Kollektivgesellschafterin „Aktiengesellschaft" schließt Rechtsgeschäfte für die Kollektivgesellschaft in derselben Weise ab, in der sie auch in einem Einzelfall einen besonderen Auftrag einer dritten Firma vornehmen und für diese mit deren Firma zeichnen würde. Die eigene Firma der Aktiengesellschaft, unter der sie Rechtsgeschäfte mit Wirkung ausschließlich für oder gegen sie selber abschließt, und die Firma des gemeinschaftlichen Unternehmens, welche die Aktiengesellschaft nur als Vertreterin desselben zeichnen kann, sind eben wohl zu unterscheiden. Es werden nicht zwei Firmen für eine Gesellschaft, sondern nur eine Firma für die umschlossene und eine Firma für die umschließende Gesellschaft geführt, wobei infolge der für jede Gesellschaft besonders geordneten Firmengebung immer deutlich hervortritt, welches die Stamm- und welches die Gliedgesellschaft ist.[84])

Wenn beispielsweise die Aktiengesellschaft mit einem andern Teilhaber zusammen in einem Kollektivgesellschaftsverhältnis stand, und dieser letztere nachträglich ausscheidet, eine Kollektivgesell-

Ztschr. f. Handelsrecht, Bd. 49, S. 65; Langen, ebendort, Bd. 58, S. 354; Marcus, in Holdheims Wochenschrift 1907, 19; Liebmann, DJZ 1913, S. 230. — Der Wortlaut des Gesetzes ist freilich nicht entscheidend. Art. 616 und 652 OR (§ 182, 195, 233 DH) sprechen allerdings von „der" Firma der Aktiengesellschaft, aber dasselbe gilt auch in Art. 867, 874, 876 OR (§ 29 DH) für den Einzelkaufmann. Art. 874 spricht sogar von „seiner" Firma und doch ist es anerkannt, daß er unter mehreren Firmen tätig werden kann, wenn er verschiedene kaufmännische Betriebe hat; vgl. Staub, Anm. 3 zu § 17 DH.

[83]) Vgl. S. 39 f., S. 84.

[84]) Vgl. Bayr. OLG vom 16. 2. 1912: „Obwohl also eine G. m. b. H. ihr Unternehmen nur mit ihrer Firma bezeichnen darf, wird sie doch durch ihre Teilnahme an einer OHG befähigt, sich in den Angelegenheiten dieser Gesellschaft der Firma derselben zu bedienen. Die G. m. b. H. behält nach wie vor nur ihre Firma, die Firma der OHG oder der Kommanditgesellschaft steht ihr so wenig zu wie den andern Teilhabern an der OHG, bezeichnet vielmehr nur das Unternehmen, an dem die G. m. b. H. beteiligt ist". Vgl. ferner Staub, Anm. 22, § 105; Düringer-Hachenburg, Anm. 20 zu § 105; Makower (13. Aufl.), Anm. I e, 1 zu § 105; Lehmann-Ring I, S. 221.

schaft also nicht mehr vorliegt, so käme der Grundsatz der Unzulässigkeit einer mehrfachen Firmenführung von Seiten einer Handelsgesellschaft zur Anwendung. Die Aktiengesellschaft könnte höchstens ihrer bisherigen Firma die neuerworbene Firma mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatze hinzufügen,[85]) oder sie mit dem Zusatze „Aktiengesellschaft" durch Statutenänderung als einzige Firma annehmen.[86])

II. Das Innenverhältnis.

Das Rechtsverhältnis unter den Kollektivgesellschaftern richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrag (Art. 555 OR, § 10 DH). Die zwingenden Vorschriften der Art. 532, 536, 539, Abs. 2, 542 OR (§ 712, 715, 717, 719 BGB) müssen jedoch respektiert werden. Dies gilt für die beteiligte juristische Person genau gleich wie für die übrigen Gesellschafter.

Die Beiträge der Kollektivgesellschafter können in Geld, Sachen, Rechten oder Diensten bestehen und sind im Zweifel zu gleichen Teilen geschuldet (Art. 531 OR, § 706 BGB). Auch die Aktiengesellschaft hat gemäß Art. 556 57 OR (§ 120 22 DH) das Recht auf Entnahme von Zinsen, Gewinn und allfällig verabredetem Honorar aus der Gesellschaftskasse. Sie ist nicht verpflichtet, ihre durch Verlust verminderte Einlage zu ergänzen oder über den vertraglich vorgesehenen Betrag zu erhöhen. Wie die Aktiengesellschaft, die sich nicht nur mit Kapital, sondern auch durch Arbeit beteiligt, ihr in der Kollektivgesellschaft tätiges Organ für seine Bemühungen entschädigt, ist ihre interne Angelegenheit. Alle Ansprüche gegen die Kollektivgesellschaft, auch Forderungen aus Auslagen und Verlusten in ihren Diensten, sind solche des Gesellschafters, stehen also der Aktiengesellschaft zu, nicht ihrem Organ.

Das schon in Art. 536 OR statuierte, durch Art. 558 OR (§ 112 DH) erweiterte Konkurrenzverbot trifft nur die Aktiengesellschaft

[85]) Gebräuchlich vor allem bei Zweigniederlassungen, die von großen Firmen an sich gebracht und unter dem alten Namen mit dem Zusatz: „Filiale der Firma X" weitergeführt werden. Größtes Beispiel: „Bremer Bank, Filiale der Dresdener Bank". Vgl. Staub, Anm. 16 zu § 182 und Anm. 12 zu § 22 DH, vgl. Siegmund, S. 192, ferner S. 92 f.

[86]) Vgl. S. 102 f., S. 104.

als solche. Für sie wie für die Kollektivgesellschaft gilt ferner die Bestimmung des Art. 571 OR (§ 121 DH) bezüglich der Kompensation.[87])

Die Regelung der Geschäftsführung ist dispositiver Natur (Art. 535 OR, § 114/16 DH), sie braucht nicht ins Handelsregister eingetragen zu werden. In der Regel wird die Geschäftsführung zusammenfallen mit der Vertretung.[88]) Beim Schweigen des Vertrages steht die Besorgung der Geschäfte grundsätzlich jedem Gesellschafter in vollem Umfange zu. Sie wird nur beschränkt durch das Einspruchsrecht jedes andern Teilhabers (Art. 535, Abs. 2 OR). Für die beteiligte Aktiengesellschaft ist die Ausübung der Geschäftsführungsbefugnis und Erfüllung der Geschäftsführungspflicht eine Betätigung nach außen. Sie wird also für die Kollektivgesellschaft wirksam tätig nur durch ihre handlungsberechtigten Organe. Die internen Beschränkungen, an welche diese letzteren ihrer Gesellschaft gegenüber gebunden sind, kommen für die Kollektivgesellschaft nicht in Betracht. Besteht bei der teilhabenden Aktiengesellschaft Kollektivzeichnung, so bedarf es auch für die Vornahme von Geschäftsführungshandlungen für die Kollektivgesellschaft der Mitwirkung der beiden oder der mehreren zeichnenden Organe.[89])

Eine nachträglich eingeräumte Geschäftsführungsbefugnis kann durch Gesellschaftsbeschluß jederzeit wieder entzogen werden, eine im Gesellschaftsvertrag festgesetzte dagegen nur, wenn wichtige Gründe persönlicher oder sachlicher Natur vorliegen (Art. 539 OR, § 117 DH). Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis wirkt nur für das Innenverhältnis der Gesellschafter. Gegenüber gutgläubigen Dritten kann der Geschäftsführer doch noch für die Gesellschaft handeln.[90]) Liegt nun gegenüber den Organen der Aktiengesellschaft, welche die Geschäfte der Kollektivgesellschaft besorgen, ein wichtiger Grund zur Entziehung

[87]) Vgl. Zeller, Anm. 3 und 4 zu Art. 571 OR.

[88]) Gareis, Handelsrecht (8. Aufl.), S. 134; vgl. dazu und für die Frage der Verpflichtung der Aktiengesellschaft durch die Vertreter der Kollektivgesellschaft, S. 85 f.; v. Tuhr, OR I, S. 289, Anm. 16.

[89]) Vgl. S. 83/4.

[90]) Zeller, Anm. 8 zu Art. 539 OR; Düringer-Hachenburg IV, Anm. 12 zu § 117 DH: Wieland, S. 584; v. Tuhr OR I, S. 221, Anm. 34/5.

dieser Befugnis vor, so erhebt sich die Frage, ob dadurch nur die betreffenden Organsubjekte oder die Aktiengesellschaft als solche das Geschäftsführungsrecht verlieren. Grundsätzlich schließt ein solcher Entzug aus wichtigen Gründen die Aktiengesellschaft schlechthin von der Geschäftsführung aus. Denn sie ist der Zurechnungspunkt für das Verhalten ihrer Organe, die Personifikation der Teilrechtsordnung, welche auch rechtswidrige Organakte umfaßt.[91]) Die Aktiengesellschaft hat also auch hier die Folgen des Vergehens ihres Organs zu tragen, d. h. prinzipiell verliert sie und nur durch sie verliert auch dieses die Geschäftsführungsbefugnis in der Kollektivgesellschaft. Die Betätigung des Organes in dieser letzteren ist ja nichts als ein Ausfluß eben seiner Organstellung bei der beteiligten Aktiengesellschaft. Jedoch ist es durchaus möglich, daß ein oder alle Teilhaber der Kollektivgesellschaft sich lediglich über die mit der Ausübung der Geschäftsführung beauftragten Organpersonen der Aktiengesellschaft beschweren, lediglich deren Abberufung (Art. 650, Abs. 2 OR, § 234 DH) und Ersatz durch geeignetere verlangen, der Aktiengesellschaft als solcher aber das Recht der Geschäftsführung nicht entziehen wollen.

Änderungen innerhalb der Aktiengesellschaft berühren rechtlich die Kollektivgesellschaft nicht.[92]) Ein Wechsel der Organpersonen kann zu rein tatsächlichen Unstimmigkeiten mit den übrigen Kollektivgesellschaftern führen, die durch vertragliche Abmachung behoben werden können. Juristisch bleibt die Rechtslage dieselbe, die Aktiengesellschaft ist ja als solche Teilhaber, ungeachtet personeller Veränderungen in ihrer Organisation.

Schwankungen im Vermögen der Aktiengesellschaft haben für die Kollektivgesellschaft dieselbe Bedeutung wie Änderung der Vermögensverhältnisse der beteiligten physischen Personen. Die Gläubiger einer zahlungsunfähigen Kollektivgesellschaft haben ebensowenig eine Sicherheit, im Privatvermögen der physischen Gesellschafter Deckung zu finden, wie Gewißheit, sich an das Aktienkapital der Aktiengesellschaft halten zu können. Doch muß diese letztere Sicherheit rein tatsächlich gesprochen als eine größere bezeichnet werden, weil Drittpersonen sich über die Vermögens-

[91]) Vgl. S. 52 f.

[92]) Vgl. auf S. 67 f. die unrichtige gegenteilige Ansicht Semmels.

lage einer Aktiengesellschaft eher orientieren können als über diejenige einer physischen Person, die niemandem Aufschluß über ihre Vermögensverhältnisse schuldet.

Die Beendigung der Aktiengesellschaft (Art. 664 f. OR) endlich ist gleich zu setzen dem Tod der physischen Person. Nach Art. 575 OR (§ 138 DH) kann im Gesellschaftsvertrag der Kollektivgesellschaft deren Weiterbestehen auch im Falle eines Ausscheidens der Aktiengesellschaft vereinbart werden.

III. Das Außenverhältnis.

1. Vertretung. Die Vertretung der Kollektivgesellschaft steht nach Art. 560 OR (§ 125 DH) grundsätzlich jedem einzelnen Gesellschafter zu und zwar nach Art. 561, Abs. 1 OR (§ 126 DH) zu allen Rechtshandlungen und Geschäften, die sich aus dem Zweck der Gesellschaft ergeben. Eine anderweitige vertragliche Regelung der Vertretung, z. B. die Vereinbarung einer Kollektiv- oder Gesamthandvertretung, bedarf des Eintrages im Handelsregister (553, Abs. 4, 560, 861, Abs. 1 OR; § 125 DH). Nach § 126, Abs. 2 DH ist eine Beschränkung der Vertretungsmacht Dritten, d. h. Nichtgesellschaftern gegenüber überhaupt unwirksam, während sie nach Art. 563, Abs. 2 OR nur bösgläubigen Dritten gegenüber wirkt.[93]) Eine interne Beschränkung kann nicht ins Handelsregister eingetragen werden, der gutgläubige Dritte braucht sich also nicht erst nach den Grenzen der Vertretungsmacht des Kollektivgesellschafters zu erkundigen. Dieser erscheint grundsätzlich als „repräsentativer Prinzipalträger".[94])

Ist eine Aktiengesellschaft Mitglied einer Kollektivgesellschaft, so hängt ihre Vertretung derselben von ihrer eigenen statutengemäßen Organisation ab. Grundsätzlich vertritt sie also die Kollektivgesellschaft bei Rechtsgeschäften und im Prozeß[95])

[93]) Vgl. Renaud, S. 167; Zeller, Anm. 3 und 4 zu Art. 561 OR; Düringer-Hachenburg IV, Anm. 9 zu § 126 DH; Staub, Anm. 11 und 12 zu § 126 DH; BE 22, S. 569, E 2; 44 II, S. 137; 52 II, S. 360.

[94]) Gierke, GTh, S. 586/7.

[95]) Vgl. Zeller, Anm. 4 und 5 zu Art. 559 OR; Düringer-Hachenburg, IV, Anm. IV zu § 124 DH; Staub, Anm. 7, 9, 10, 11, 13, 14 zu § 124 DH; Gierke, GTh, S. 591 f.

auf die gleiche Weise und durch die gleichen Organe, durch die sie selber nach außen handelnd auftritt.[96]) Es liegt hier nicht etwa Substitution vor, sondern die bloße logische Notwendigkeit, daß die einer juristischen Person erteilte Vertretungsmacht durch deren gesetzliche Organe ausgeübt wird. Die Organe als „gesetzliche Vertreter" der in der Kollektivgesellschaft vertretungsberechtigten Aktiengesellschaft werden damit ipso jure zu „Vertretern des Vertreters".

Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch bezüglich der Vertretung der Stammgesellschaft durch die Gliedgesellschaft abweichende Bestimmungen von der statutenmäßigen Regelung bei dieser letzteren enthalten. Es kann z. B. vereinfachend festgesetzt werden, daß eine Aktiengesellschaft, die neben dem Verwaltungsrat eine engere Direktion besitzt, für welche Kollektivzeichnung verlangt wird, ihre Vertretungsbefugnis für die Kollektivgesellschaft nur durch einen bestimmten dieser Direktoren ausüben könne. Diese Abrede und alle allfälligen Veränderungen müssen nach Art. 553, Abs. 4 OR (§ 106 DH) im Register der Kollektivgesellschaft eingetragen werden. Die Firmenzeichnung des vertretenden Organes erfolgt auf die schon erörterte Weise.[97])

Die Rechte und Pflichten der für die Aktiengesellschaft in der Kollektivgesellschaft tätigen Organe bestimmen sich notwendigerweise nach verschiedenen Vorschriften: soweit sie für die umschließende Gesellschaft tätig sind, nach dem Statut und Gesetz dieser, soweit sie für die umschlossene Gesellschaft handeln, nach deren Statut und Gesetz. Daher kann es sehr wohl vorkommen, daß ein solches Organ zwar nicht in der Vertretungs-, wohl aber in der Geschäftsführungsbefugnis in der umschließenden Gesellschaft weitergehende oder engergefaßte Funktionen zu erfüllen hat als in der umschlossenen. Eine Beschränkung des Organs in seiner Rechtssphäre innerhalb der Aktiengesellschaft ist Internum dieser letzteren, berührt die Kollektivgesellschaft nicht.

Der Entzug der Vertretungsbefugnis bei wichtigen, gegen das Organsubjekt der Aktiengesellschaft vorliegenden Gründen ist ana-

[96]) v. Tuhr, BGB II 2, § 85 III, Anm. 64, S. 388; vgl. BE Bd. 50 II, S. 184.

[97]) Vgl. S. 83/4.

log dem Entzug der Geschäftsführung zu beurteilen.[98]) Das Aufhören der Vertretungsbefugnis der Aktiengesellschaft und damit ihres Organs ist in das Handelsregister einzutragen (Art 553, Ziff. 4, Art. 560, Art. 579 OR, § 143 DH). Nur dann wirkt sie auch gutgläubigen Dritten gegenüber.[99])

Rechtlich ergeben sich demnach keine Schwierigkeiten für die Durchführung dieser „Doppelvertretung" der Aktiengesellschaft und der Kollektivgesellschaft durch dieselben Personen. Technisch kann die Firmenzeichnung etwas kompliziert erscheinen, z. B. wenn eine Aktiengesellschaft, die statutarisch ihren Organen Kollektivunterschrift vorschreibt, mit den physischen Personen A, B und C eine Kollektivgesellschaft eingeht, für die das Handelsregister keine Beschränkung in der Vertretung, wohl aber die Anordnung der Kollektivzeichnung enthält. Zur rechtsgültigen Unterschrift der Kollektivgesellschaft wären also erforderlich die Zeichnungen von A, B und C und diejenige der kollektiv zeichnenden Organsubjekte der Aktiengesellschaft. In praxi kann diese formale Umständlichkeit am einfachsten dadurch beseitigt werden, daß nur die physischen Personen mit der Vertretung der Kollektivgesellschaft beauftragt werden, unter Ausschluß der Aktiengesellschaft nach Art. 553, Ziff. 4 OR (§ 125 DH). Der Aktiengesellschaft bleibt in diesem Falle die Möglichkeit, sich durch ihre Organe jederzeit über den Stand der Geschäfte zu orientieren, an gewissen wichtigen Beschlüssen — z. B. bei der Bestellung einer Generalvollmacht — mitzuwirken, sich eine Bilanz anzufertigen, etc. Das Recht der Einsicht in die Bücher der Kollektivgesellschaft muß grundsätzlich auch den Inhabern der Kontrollstelle der Aktiengesellschaft zugestanden werden, weil sie u. U. nur auf diese Weise den Bucheintrag bei der Aktiengesellschaft mit den Belegen über Ein- und Ausgang und mit den vorhandenen Beständen vergleichen können.

Schwerer als gewisse formelle Schwierigkeiten bei der Vertretung scheint ein materielles Bedenken zu wiegen. Die Aktiengesellschaft hat in ihrer Verwaltung ein Organ, das zwar gutgläubigen Dritten gegenüber mit unbeschränkter Vertretungsmacht

[98]) Vgl. S. 91/2; Siegmund, S. 253/4.

[99]) Zeller, Anm. 1 zu Art. 560, Anm. 6 zu Art. 561, Abs. 3 OR.

ausgerüstet ist (Art. 654, Abs. 2 OR, § 235 DH), das aber nach Art. 647 OR (§ 231, Abs. 3 DH) von der Generalversammlung jederzeit abberufen werden kann.[100]) Wird diese Schutzbestimmung für die Aktiengesellschaft im Falle ihrer Beteiligung an einer Kollektivgesellschaft nicht illusorisch? Während der Dauer dieses Gesellschaftsverhältnisses kann das Schicksal der Aktiengesellschaft wesentlich bestimmt werden durch dasjenige der Kollektivgesellschaft. Infolge der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht der andern zeichnenden Teilhaber kann die Aktiengesellschaft insbesondere auch unbeschränkt mit ihrem eigenen Vermögen engagiert werden (Art. 564 OR, § 128 DH). Vertreten wird rechtlich allerdings nur die Kollektivgesellschaft, unbeschränkt haftbar aber sind alle ihre Teilhaber, also auch die Aktiengesellschaft. Mit dem Wesen einer Aktiengesellschaft scheint es unvereinbar zu sein, durch andere als ihre Organe, Bevollmächtigten oder Beauftragten verpflichtet zu werden.[101]) Die Möglichkeit einer Engagierung der beteiligten Aktiengesellschaft gegen ihren Willen kann freilich praktisch auf verschiedene Weise ausgeschlossen oder doch verringert werden: der Gesellschaftsvertrag kann vorsehen, daß nach Art. 553, Ziff. 4 OR (§ 125 DH) entweder alle andern Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen werden oder doch eine Gesamtvertretung in dem Sinne angeordnet wird, daß ohne die Organe der Aktiengesellschaft eine Betätigung der übrigen Kollektivgesellschafter nicht möglich ist; die Aktiengesellschaft kann als zur Geschäftsführung berechtigter Kollektivgesellschafter jede ihr gefährlich erscheinende Handlung eines andern Teilhabers nach Art. 535, Abs. 2 OR (§ 115 DH) durch ihren Widerspruch hindern, bevor sie vollendet ist; der Aktiengesellschaft steht ferner, auch wenn sie nicht zur Geschäftsführung

[100]) Zeller, Komm. zu Art. 647 OR; Staub, Anm. 14 zu § 231 DH; Brodmann, Aktiengesetz, Anm. 6 zu § 231 DH.

[101]) Vgl. die S. 66 f. zit. Kunz, Kolb, Semmel, Staub; ferner Behrend, S. 463; Cohn, S. 85; Holdheim, a. a. O., S. 196; Hergenhahn-Tuchatsch, S. 15. In einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht, an der eine Aktiengesellschaft nach der herrschenden Meinung (vgl. S. 113 f.) teilnehmen kann, erhält sie aber ebenfalls im Vorstand der Genossenschaft andere, ihr fremde Vertreter, durch welche sie unbeschränkt verpflichtet werden kann.

berechtigt ist,[102]) das unverzichtbare Sonderrecht jedes Kollektivgesellschafters zu, aus wichtigen Gründen jedem andern Teilhaber die Befugnis zur Geschäftsführung zu entziehen (Art. 539, Abs. 2 OR); endlich kann die Aktiengesellschaft aus der Kollektivgesellschaft ausscheiden.

Von einer solchen möglichen Regelung der Vertretungsverhältnisse im Einzelfall und der Vermeidung einer zu weitgehenden Engagierung durch die Aktiengesellschaft von Fall zu Fall kann aber die prinzipielle Zulässigkeit ihres Beitrittes zu einer Kollektivgesellschaft nicht abhängig gemacht werden. Aus der Gefahr für die beteiligte Aktiengesellschaft, durch die Kollektivgesellschaft u. U. zu stark gebunden zu werden, folgt nicht die Unzulässigkeit einer solchen Beteiligung, sondern höchstens deren Unzweckmäßigkeit. Abgesehen davon findet aber der scheinbare Konflikt zwischen der Forderung der Aktiengesellschaft nach Verpflichtung ausschließlich durch die eigenen Organe und ihrer unbeschränkten Haftung als Kollektivgesellschafter für die Handlungen ihrer Mitgesellschafter seine rechtliche Lösung darin, daß diese letzteren vom Standpunkt der Aktiengesellschaft aus als deren Bevollmächtigte aufzufassen sind. Ihre Vollmacht beruht allerdings nicht auf besonderem Vertrage, sondern ist als eine gekannte und gewollte Nebenwirkung des Vertrages über die Errichtung der Kollektivgesellschaft anzusehen, den die Verwaltung der Aktiengesellschaft ja mit Einwilligung der Generalversammlung abgeschlossen hat.[103]) Daß man an dieser Vollmacht zweifelt, beruht weniger auf der Eigentümlichkeit ihres Grundes, als auf ihrem weitgehenden Inhalt. Die Frage, ob eine Aktiengesellschaft Kollektivgesellschafter sein könne, kann mit dem gleichen Recht bejaht werden, wie die Frage, ob sie fähig sei, einen Prokuristen zu haben.[104])

2. Die Haftung. a) Vermögenshaftung. Die Kollektivgesellschafter haften nach Art. 564 OR unbeschränkt als Gesamtschuldner für alle kontraktlichen und außerkontraktlichen Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft nicht nur mit dem ihnen zu-

[102]) Zeller, Anm. 5 zu Art. 539 OR.

[103]) Vgl. S. 81 f.; Eltzbacher, § 7.

[104]) Thöl, Handelsrecht (6. Aufl.) I, § 171, S. 521 f.; Reichsoberhandelsgericht VIII, S. 339.

kommenden Liquidationsanteil am Gesellschaftsvermögen, sondern mit ihrem ganzen Privatvermögen, soweit Dritte dasselbe überhaupt in Anspruch nehmen können. Diese Haftung ist jedoch eine subsidiäre (anders § 128 DH),[105]) der einzelne Gesellschafter hat die Einrede der Vorausklage, er kann erst nach Auflösung oder erfolgloser Betreibung der Gesellschaft persönlich belangt werden. Die Betreibung ist erfolglos, wenn über die Gesellschafter der Konkurs eröffnet wird[106]) oder die Gläubiger in einer gegen die Gesellschaft vollzogenen Pfändung nicht vollständig befriedigt worden sind. Da gegen Kollektivgesellschaften die Zwangsvollstreckung auf dem Wege des Konkurses zu geschehen hat, trifft letzteres nur für die wenigen Ausnahmefälle zu, in denen der Konkursbetreibung unterworfene Schuldner der Pfändung unterliegen, z. B. für Steuerforderungen, Gebühren etc. (vgl. SchKG Art. 39, Art. 43).

Genau wie jeder andere Teilhaber kann auch die beteiligte Aktiengesellschaft mit ihrem ganzen Vermögen in Anspruch genommen werden, sobald diese gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden sind (Art. 216 SchKG). Tritt sie in eine bereits bestehende Kollektivgesellschaft ein, so haftet sie ungeachtet einer möglichen Firmenänderung auch für die vor ihrem Beitritte eingegangenen Verbindlichkeiten der Kollektivgesellschaft (Art. 565 OR, § 130 DH).[107]) Scheidet die Aktiengesellschaft aus der Kollektivgesellschaft aus, ohne daß eine Auflösung dieser letzteren erfolgt, so bleibt sie für die während ihrer Mitgliedschaft eingegangenen Verbindlichkeiten der Kollektivgesellschaft noch fünf Jahre lang haftbar (Art. 585 OR, § 146 DH).[108])

[105]) Staub, Anm. 5 zu § 128 DH; Düringer-Hachenburg, IV, Anm. IV 2 zu § 123 DH; der schweiz. Entwurf in Art. 568, Abs. 4, anerkennt die Haftung des Gesellschafters aus einer zu Gunsten der Gesellschaft eingegangenen Solidarbürgschaft, deren Zulässigkeit die bisherige Praxis verneinte, vgl. BE 46 II, S. 468. Daraus sollen aber keine „Schlüsse auf die Lösung der Streitfrage gezogen werden, ob der Kollektivgesellschaft juristische Persönlichkeit zukommt", vgl. Botschaft, S. 11, Prot. Exp. Komm., S. 56/57; v. Tuhr, OR II, S. 687, Anm. 30/1.

[106]) BE 36, S. 375.

[107]) BE 47 II, S. 158.

[108]) Vgl. aber Art. 181, Abs. 2 OR und BE 46 II, S. 469.

Diese Gesetzesbestimmungen über die Haftung der Kollektivgesellschafter sind zwingender Natur, entgegenstehende Verabredungen haben Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung (Art. 564, Abs. 2, Art. 565, Abs. 2 OR, § 128, 130 DH). Wohl aber ist nach Art. 533, Abs. 3 OR eine interne Haftungsbeschränkung möglich Wird z. B. verabredet, daß die Aktiengesellschaft sich nur mit der Arbeit ihrer Organe beteiligen und nicht am Verlust der Kollektivgesellschaft teilhaben solle, so haben ihre Mitgesellschafter der Aktiengesellschaft die Beträge zu ersetzen, für die sie von Dritten in Anspruch genommen wurde.

b) Haftung der Gesellschafter. Die bisherige Praxis, wonach die Kollektivgesellschaft auch für die unerlaubten Handlungen haftet, die ein Gesellschafter in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begeht, sanktioniert der Entwurf in Art. 567, Abs. 3 als ein Postulat der Billigkeit.[109]) Die Deliktshaftung der Kollektivgesellschaft für ihre Teilhaber ist analog derjenigen der juristischen Person für ihre Organe zu beurteilen.[110])

Falls die Organe der an der Kollektivgesellschaft beteiligten und in ihr vertretungsberechtigten Aktiengesellschaft in Ausübung der Geschäfte der Kollektivgesellschaft unerlaubt handelten, so hat diese, die dafür haftet, allfällige Regreßansprüche[111]) an die Aktiengesellschaft zu richten. Denn diese ist Gesellschafterin, ihr wird auch das pflichtwidrige Verhalten ihrer Organe zugerechnet. Die Aktiengesellschaft selber hat dann ev. ihrerseits ein Regreßrecht gegen ihr schuldhaft handelndes Organsubjekt. Ein direktes Verschulden der beteiligten Aktiengesellschaft kann in der schuldhaften Bestellung eines ungeeigneten Organsubjektes liegen oder in der Nichtabberufung desselben als „Vertreter" in der Kollektivgesellschaft trotz Erkenntnis seiner Ungeeignetheit (Art. 399, Abs. 2 OR, § 664 BGB).

Auf einen möglichen Fall ist in diesem Zusammenhange noch hinzuweisen. Hat die Aktiengesellschaft das Organ abberufen, das für sie in der Kollektivgesellschaft tätig war, und nimmt dieses

[109]) Botschaft, S. 11; Prot. Exp. Komm., S. 55; BE 48 II, S. 7 f.

[110]) Vgl. die Ausführungen auf S. 52 f. und S. 54 f.

[111]) Egger, Anm. 23 zu Art. 55 ZGB; Oertmann, a. a. O.

letztere schuldhafterweise trotzdem noch eine die Kollektivgesellschaft verpflichtende Handlung vor, bevor der Eintrag im Handelsregister geändert ist (Art. 533, Ziff. 4, Art. 560 OR) und bevor die Aktiengesellschaft der Kollektivgesellschaft Mitteilung von der Abberufung gemacht hat, so kann die erstere der letzteren gegenüber sich nicht unter Berufung auf Art. 861, Abs. 3 OR von ihrer Regreßverpflichtung befreien. Die Kollektivgesellschaft hat freilich als solche Kenntnis von einer Tatsache erhalten, wenn dieselbe auch nur einem der Teilhaber bekannt war. Das ist der Fall bei dem Teilhaber „Aktiengesellschaft". Trotzdem ist die Kollektivgesellschaft hier als gutgläubiger Dritter anzusehen,[112]) die Aktiengesellschaft ist nach Treu und Glauben zur sofortigen Mitteilung an einen andern Kollektivgesellschafter verpflichtet, daß das betreffende Organsubjekt nicht mehr zu ihrer Vertretung in der Kollektivgesellschaft designiert sei.

3. Konkurs. Die Durchführung des Konkurses der Kollektivgesellschaft stößt auch bei Beteiligung einer Aktiengesellschaft auf keine Schwierigkeiten. Dem Privatvermögen und den Privatgläubigern der physischen Gesellschafter entsprechen das Gesellschaftsvermögen und die Gesellschaftsgläubiger der Aktiengesellschaft. Zuerst wird der Konkurs über die Kollektivgesellschaft durchgeführt, von dem die Privatgläubiger ausgeschlossen sind und an dem die Gesellschafter nur mit Forderungen aus besonderen Geschäften sich beteiligen können (Art. 567 OR). Ihre Einlage gehört zur Konkursmasse.[113]) Reichen die Aktiven zur Deckung der Gesellschaftsschulden nicht aus, so können die Gläubiger die Sonderkonkurse der Gesellschafter herbeiführen. Dabei konkurrieren sie für den ungedeckten Rest ihrer Forderung mit den Privatgläubigern der einzelnen Teilhaber (Art. 568 OR, Art. 218, Abs. 1 SchKG).[114]) Die Aktionäre werden durch den Konkurs der Kollektivgesellschaft insofern betroffen, als sie u. U. die Summe, mit der sie an der Aktiengesellschaft beteiligt waren, ganz oder teilweise verlieren.

[112]) Vgl. v. Tuhr, OR I, S. 268.
[113]) Cosack, S. 688.
[114]) Zeller, Anm. 2 zu Art. 568 OR.

Steht die Kollektivgesellschaft aufrecht, wird dagegen die an ihr beteiligte Aktiengesellschaft von ihren Gläubigern in Anspruch genommen, so haben diese kein Exekutionsrecht gegen die Kollektivgesellschaft, sondern nach Art. 569, Abs. 2 OR nur einen Anspruch auf den Anteil, welcher der Aktiengesellschaft im Fall einer Auseinandersetzung momentan zukäme, ferner auf Zinsen, Honorar und Gewinnanteil. Bei erfolgloser Betreibung der Aktiengesellschaft können deren Gläubiger, wenn sie die Exekution oder Beschlagnahme des Liquidationsanteiles der Aktiengesellschaft bei der Kollektivgesellschaft ausgewirkt haben, von dieser letzteren unter Beobachtung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist die Auflösung verlangen (Art. 574 OR, § 135 DH). Befindet sich die Aktiengesellschaft bereits im Konkurs, so steht das Kündigungsrecht dem Konkursverwalter zu.[115]) Die Kollektivgesellschaft kann jedoch ihre Auflösung dadurch vermeiden, daß sie die kündigenden Gläubiger der Aktiengesellschaft befriedigt (Art. 574, Abs. 2 OR) oder die insolvente Aktiengesellschaft ausscheidet unter Herausgabe ihres Anteiles am Gesellschaftsvermögen (Art. 577 OR, § 141 DH).[116])

Gerät die Aktiengesellschaft als Teilhaber der aufrecht stehenden Kollektivgesellschaft in Konkurs, so können daran nicht nur ihre eigenen Gläubiger, sondern auch die Gläubiger der Kollektivgesellschaft mit ihrer vollen Forderung teilnehmen (SchKG Art. 217, Abs. 2). Die dadurch bedingte schlechtere Stellung der Gläubiger der Aktiengesellschaft wird möglicherweise verbessert durch das ihrer Konkursmasse gegenüber der Kollektivgesellschaft — nicht gegenüber den andern Gesellschaftern (Art. 564, Abs. 3 OR) — zustehende Rückgriffsrecht für den Betrag, den sie effektiv bezahlt hat.[117]) Ist die Kollektivgesellschaft sehr solvent, so werden sich ihre Gläubiger kaum am Konkurse der Aktiengesellschaft beteiligen.

Bestand die Kollektivgesellschaft aus einer Aktiengesellschaft und einer physischen Person und scheidet die erstere infolge Kon-

[115]) Zeller, Anm. 2 zu Art. 574 OR.
[116]) Zeller, Anm. 1—7 zu Art. 577 OR; Staub, Anm. 3—5 und Anhang zu Art. 141 DH; Düringer-Hachenburg IV, Anm. III und IV zu § 141 DH.
[117]) Jaeger, Komm. SchKG, Anm. 10 zu Art. 218.

kurses oder Kündigung durch ihre Gläubiger aus, so kann der verbleibende Teilhaber sie in gleicher Weise abfinden und das Geschäft mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation als Einzelkaufmann weiterführen. Verbleibt umgekehrt die Aktiengesellschaft als einziger Kollektivgesellschafter, so kann auch sie das Geschäft allein weiterführen. Die Verwaltung bedarf dazu jedoch der Genehmigung der Generalversammlung, denn deren früherer Beschluß beschränkte sich auf eine Beteiligung bei der Kollektivgesellschaft, enthielt nicht zugleich die Zustimmung zu einer vollständigen Übernahme. Eventuell bedarf es auch einer Änderung der Statuten, welche gemäß Art. 616, Ziff. 2 OR die Angabe des Gegenstandes des Unternehmens enthalten müssen.[118]) Dagegen kann die Aktiengesellschaft nicht neben ihrer eigenen Firma die Firma der Kollektivgesellschaft führen, auch nicht mit einem nach Art. 874 OR das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz [119]) (anders § 22 DH). Sie muß vielmehr in einem solchen Falle ihrer bisherigen Firma die neuerworbene mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beifügen oder die neuerworbene Firma mit dem Zusatze „Aktiengesellschaft" durch Satzungsänderung als einzige Firma annehmen.

Die Organe der Aktiengesellschaft, welche für diese in der Kollektivgesellschaft tätig waren, werden durch den Konkurs der letzteren nur in dem Falle unmittelbar betroffen, in welchem sie sich eines Konkursvergehens schuldig gemacht haben.

IV. Beendigung.

Auch der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über die Beendigung der Kollektivgesellschaft stehen bei Beteiligung einer Aktiengesellschaft keine Schwierigkeiten entgegen.

Die Kollektivgesellschaft wird notwendig aufgelöst durch ihren Konkurs. Die übrigen Auflösungsgründe sind dieselben, die für die einfache Gesellschaft gelten (Art. 572 OR, Art. 545 OR, § 131 DH). Jedoch haben die Zwangsverwertung des Liquidationsanteiles oder der Konkurs eines Teilhabers nicht unbedingt auch den Konkurs und die Auflösung der Gesellschaft zur Folge (Art. 573, Abs. 2 OR, Art. 574 OR, § 135 DH).

[118]) Vgl. S. 87 f.

[119]) Vgl. S. 90, Anm. 86.

Erreichen oder Unmöglichwerden des Gesellschaftszweckes, Zeitablauf, Übereinkunft, bieten keine Schwierigkeit. Ein gesetzlicher Auflösungsgrund für die Kollektivgesellschaft ist der Tod eines Gesellschafters (Art. 545, Ziff. 2 OR, § 727 BGB), falls nicht vorher die Weiterführung mit dessen Erben vereinbart war. Die gleiche rechtliche Bedeutung wie der Tod eines physischen Gesellschafters hat die Vollbeendigung der juristischen Person [120]) nach durchgeführter Liquidation. Ist die Aktiengesellschaft durch Fusion mit einer andern Gesellschaft aufgelöst, so ist in diesem Akt der Rechtsnachfolge in allen geschäftlichen Beziehungen kein gesetzlicher Grund für die Auflösung der Kollektivgesellschaft zu erblicken,[121]) höchstens ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 545, Abs. 2 und von Art. 576 OR (§ 133, § 140 DH). Diese beiden Artikel sehen eine Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen vor [122]) ohne vorherige Aufkündigung. Wenn alle andern Gesellschafter darauf antragen, kann ein Gesellschafter, in dessen Person die von Art. 545, Abs. 2 OR erwähnten Gründe liegen, aus der Kollektivgesellschaft ausgeschlossen werden. Die beteiligte Aktiengesellschaft unterliegt diesen Bestimmungen wie jeder physische Gesellschafter. Es genügt, daß ein solcher wichtiger Grund gegen das in der Kollektivgesellschaft handelnde Organsubjekt der Aktiengesellschaft vorliegt, um die übrigen Teilhaber zur Auflösung der Kollektivgesellschaft oder zum Ausschluß der Aktiengesellschaft zu berechtigen. Jedoch können sie sich auch lediglich über die Organpersonen beschweren und deren Abberufung bezw. Ersatz durch geeignetere verlangen.[123])

Grundsätzlich wird durch das Ausscheiden eines Gesellschafters die Kollektivgesellschaft aufgelöst. Sie kann aber trotzdem unter

[120]) Nicht die „Auflösung" (Hartmann, S. 91), denn diese bedeutet bei einer Handelsgesellschaft noch nicht Untergang, sie kann rückgängig gemacht werden. — Staub, Anm. 3 zu § 177 DH; Düringer-Hachenburg IV, allg. Einleitung, Anm. 191, Anm. I 4 zu § 131 DH; Behrend, § 94, Anm. 3.

[121]) Miltner in LZ 16, S. 446.

[122]) Vgl. Zeller, Anm. 12 zu Art. 545 OR; Staub, Anm. 18 f. zu § 133 DH.

[123]) Vgl. S. 92.

den übrigen Gesellschaftern weiter bestehen, falls dies im Gesellschaftsvertrag oder vor der effektiven Auflösung vereinbart worden ist (Art. 575 OR, § 138 DH).

Die Auflösung der Kollektivgesellschaft, das Ausscheiden oder die Ausschließung eines Gesellschafters und die Fortsetzung des Geschäftes durch einen einzelnen Gesellschafter bedürfen nach Art. 579 OR (§ 143 DH) des Eintrags im Handelsregister. Zur Anmeldung verpflichtet sind der austretende, die geschäftsführenden und der das Geschäft übernehmende Gesellschafter, gleichgültig, ob es sich dabei um physische oder juristische Personen handle.

V. Liquidation.

Wird die Kollektivgesellschaft nicht durch Konkurs aufgelöst,[124]) so tritt sie nach ihrer Auflösung regelmäßig[125]) in Liquidation. Zu Liquidatoren sind in erster Linie die geschäftsführenden Gesellschafter berufen, eventuell also auch die Aktiengesellschaft, sofern in ihrer Person kein Hindernis eingetreten ist.[126])

Aus den Aufgaben der Liquidatoren und ihrer Rechtsstellung innerhalb der Kollektivgesellschaft und nach außen ergeben sich in Bezug auf die beteiligte juristische Person keine andern Fragen als die bereits behandelten.[127])

Weil nicht die Auflösung, sondern erst die Vollbeendigung der juristischen Person dem Tode des physischen Teilhabers gleich zu setzen ist, so können Aktiengesellschaft und Kollektivgesellschaft während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses nicht zugleich im Liquidationsstadium stehen. Eine Kollision der Pflichten für die Organe der Aktiengesellschaft, in beiden Gesellschaften möglichst viel zu retten, besteht deshalb nicht. Erst nach beendigter Liquidation ist die Aktiengesellschaft voll beendigt, erst dann löst sich mangels anderer vertraglicher Abrede auch die

[124]) Über die Trennung der beiden Begriffe „Auflösung" und „Liquidation" im OR vgl. Siegmund, S. 222.

[125]) Zeller, Anm. 2 zu Art. 580 OR; Staub, Anm. 5—10 zu § 145 DH; Düringer-Hachenburg, Anm. II und III zu § 145 DH.

[126]) Zeller, Anm. 7b und c; Staub, Anm. 11, § 146 DH.

[127]) Über das Grundsätzliche der Frage, ob die juristische Person Liquidator sein könne, vgl. S. 159 f.

Kollektivgesellschaft auf. Ist jedoch vertraglich die Auflösung der Aktiengesellschaft als Auflösungsgrund für die Kollektivgesellschaft vereinbart, so wird die erstere für ihre Liquidation materiell an die Abwicklung in der letzteren gebunden sein. Erst wenn die Aktiengesellschaft weiß, wie sie als Teilhaber der Kollektivgesellschaft abschneidet, kann sie einen auch diese Beziehungen berücksichtigenden Teilungsplan für sich selber aufstellen.

VI. Verjährung.

Die Gläubiger der Kollektivgesellschaft können nach Art. 585 OR (§ 159 DH) ihre Ansprüche gegen einen Gesellschafter, also auch gegen die Aktiengesellschaft, noch fünf Jahre nach Eintrag der Auflösung der Kollektivgesellschaft oder des Ausscheidens oder Ausschlusses der Aktiengesellschaft geltend machen. Falls nach der Auflösung der Kollektivgesellschaft sich auch die Aktiengesellschaft auflöst, so kann die Schlußverteilung bei dieser letzteren nicht schon nach Ablauf des Sperrjahres vorgenommen werden (Art. 667 OR), sondern erst nach Ablauf der fünfjährigen Haftung für die Schulden der Kollektivgesellschaft. Mit der Verteilung des Vermögens unter die Aktionäre würde diese Haftung der Aktiengesellschaft hinfällig werden. Diese Folge der Beteiligung ihrer Gesellschaft an einer Kollektivgesellschaft ist aber praktisch für die Aktionäre weniger unangenehm als es den Anschein hat. Die Liquidation der Kollektivgesellschaft, diejenige der Aktiengesellschaft und das Sperrjahr werden meist die fünf Jahre der Verjährungsfrist in Anspruch nehmen. Außerdem kann die Aktiengesellschaft von Seiten der Gläubiger der Kollektivgesellschaft schon früher ausdrücklich oder stillschweigend aus der Schuldhaftung für die letztere entlassen werden (Art. 589 OR).

C. Die speziellen Vorschriften des Aktienrechtes.

Weder aus dem Wesen der juristischen Person noch aus den Gesetzesbestimmungen über die Kollektivgesellschaft hat sich ein Hindernis für die Beteiligung der Aktiengesellschaft ergeben. Es bleiben die aus der speziellen Organisation der letzteren entnommenen Bedenken zu untersuchen.

I. Freie Widerruflichkeit des Vorstandes.

Was dieses wichtigste Argument der Gegner einer Beteiligungsmöglichkeit anbelangt, so kann hier auf die anläßlich der Untersuchung der Vertretungsbefugnis der Kollektivgesellschafter angeführten Gründe verwiesen werden,[128]) denen zufolge sich die Schutzbestimmung des Art. 647 OR (§ 231 DH) mit einem Beitritt der Aktiengesellschaft zu einer Kollektivgesellschaft sehr wohl vereinbaren läßt.

II. Qualifizierte Gründung und Nachgründung.

Art. 619 OR (§ 186 DH) bestimmt, daß alle Gründervorteile, Sacheinlagen und Übernahmen die Angabe des Übernahmspreises und der Zahl der event. dafür gezahlten eigenen Aktien in die Statuten aufzunehmen sind. Die Generalversammlung stimmt darüber ab, jeder Aktionär hat dabei nur eine Stimme, die Mehrheit muß mindestens ¼ der Aktionäre umfassen, der Betrag ihrer Anteile mindestens ¼ des Grundkapitals darstellen. Gründervorteile und Sacheinlagen werden dadurch nicht verboten, aber die Minderung des Grundkapitals durch solche Vergünstigungen und Übernahmen wird durch diese offene Darlegung in den Statuten für alle wirklich Beteiligten erkennbar, wodurch unsolide Gründungen erschwert werden. § 207 DH bestimmt außerdem, daß die Übernahme von Anlagen, deren Wert den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigt, der Zustimmung der Generalversammlung bedarf, falls die Verträge darüber vor Ablauf von zwei Jahren seit Gründung der Aktiengesellschaft geschlossen werden („Nachgründung").[129])

Daraus ist ein Einwand gegen die Beteiligung einer Aktiengesellschaft an einer Kollektivgesellschaft konstruiert worden: diese letztere könne jederzeit solche Anlagen erwerben, ohne der Zustimmung der Generalversammlung der umschlossenen Gesellschaft zu bedürfen. Dadurch würden die aktienrechtlichen Bestimmungen des Art. 619 OR (§ 186, 207 DH) illusorisch gemacht.[130])

[128]) S. 95 f.

[129]) Die „Nachgründung" vgl. bei Staub, Einleitung zu § 207 DH.

[130]) Kunz, S. 31; Liebmann, DJZ, 18. Jahrg., No. 3, S. 230 f.; Semmel, a. a. O.

Es ist auch hier wieder auf die schon früher gemachten Ausführungen zu verweisen.[131]) Die Generalversammlung beschließt über den Beitritt zu einer Kollektivgesellschaft. Wird die Aktiengesellschaft dadurch zur Übernahme großer Anlagewerte veranlaßt oder befürchten die Aktionäre diesbezügliche Absichten ihrer Verwaltung, so können sie dem Gesellschaftsvertrag mit der Kollektivgesellschaft überhaupt ihre Genehmigung verweigern. Genehmigt die Generalversammlung aber den Vertrag, so ist alles weitere nur die gewollte oder doch vorausgesehene Folge dieses Rechtsaktes. Dessen Risiko ist kein Einwand gegen seine Zulässigkeit.

III. Erwerb und Inpfandnahme eigener Aktien.

Das schweizerische Recht verbietet grundsätzlich in Art. 628 OR den Erwerb von eigenen Aktien durch die Aktiengesellschaft, das deutsche Recht in § 226 DH überdies noch deren Inpfandnahme.

Durch die Kollektivgesellschaft, an der sie beteiligt ist, kann auch die Aktiengesellschaft u. U. eigene Aktien erwerben. Sie kann sich aber auf Art. 628, Ziff. 4 OR berufen, wonach der Erwerb zulässig ist, wenn er mit dem Betriebe eines nach den Statuten zum Gegenstande des Unternehmens gehörigen Geschäftszweiges verbunden ist. Abgesehen davon ist das Verbot des Art. 628 OR keine lex perfecta mit Nichtigkeitsfolge.[132]) Einem Erwerb eigener Aktien unbedingt die Rechtsgültigkeit zu versagen, entspräche der Billigkeit und den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens nicht, umso weniger, wenn dieser Erwerb, wie in unserem Falle, Folge eines Vertrages ist, aus dessen Zusammenhange er sich nicht loslösen läßt und welch letzterer deswegen nicht in seiner Gesamtheit dahinfallen kann.

IV. Bilanzvorschriften.

Die Bilanz der Aktiengesellschaft ist so klar und übersichtlich aufzustellen, daß die Aktionäre einen möglichst sichern Ein-

[131]) Vgl. S. 81 f., S. 95 f.

[132]) Staub, Einleitung und Anm. 2 zu § 226 DH; Zeller, Anm. 1 zu Art. 628 OR; BE 20, S. 993; 43 II, S. 295 f., spez. 298 f.; v. Tuhr, OR I, S. 221, Anm. 34/35.

blick in die wirkliche Vermögenslage der Gesellschaft erhalten. Das Vermögen der Gesellschaft soll nicht höher erscheinen als es in Wirklichkeit ist.

Art. 656, Ziff. 3 und 4 OR (§ 261 DH) bestimmt, daß in der Bilanz der Aktiengesellschaft kurshabende Papiere nur zum durchschnittlichen Kurswerte des letzten Monats, Warenvorräte höchstens zum Kostenpreis, aber nicht höher als zum momentanen Marktpreis figurieren dürfen. Demnach werden also u. U. in der Bilanz der Aktiengesellschaft gewisse Vermögensstücke unter ihrem augenblicklichen Geldwert eingeschätzt.

Es ist gesagt worden,[133]) die an einer Kollektivgesellschaft beteiligte Aktiengesellschaft umgehe diese ihre Bilanzierungsvorschriften: in ihrer Bilanz könnten die aus der Beteiligung entstehenden Passiva nicht detailliert aufgeführt werden, weil die entsprechenden Aktiva nicht einzeln berechnet und eingesetzt werden könnten. Das Kapitalkonto bei der Kollektivgesellschaft genüge nicht, weil diese an keine Bewertungsgrenze für gewisse Gegenstände gebunden sei, wodurch die Aktiengesellschaft in ihrer Bilanz einen falschen Ansatz ihres Beteiligungswertes erhalte.

Nach Art. 541 OR (§ 118 DH) kann aber die Aktiengesellschaft jederzeit, auch wenn sie von der Geschäftsführung in der Kollektivgesellschaft ausgeschlossen ist, sich nach den Geschäftsbüchern und Papieren derselben eine Bilanz gemäß ihren eigenen aktienrechtlichen Vorschriften anfertigen. Den daraus errechneten Wert ihres Anteils bei der Kollektivgesellschaft nimmt die Aktiengesellschaft dann in ihre eigene Bilanz auf. Auf der Passivseite figuriert ein entsprechend berechneter Verlustanteil an den Schulden der Kollektivgesellschaft. Die mögliche Verschiedenheit in den Ziffern der von den beiden Gesellschaften aufgestellten Bilanzen hat nur tatsächliche Bedeutung, rechtlich genügen beide den für sie geltenden Vorschriften des Gesetzes.[134])

Somit kommen wir zum Resultat, daß auch die speziellen Vorschriften des Aktienrechtes einer Beteiligung der Aktiengesellschaft an einer Kollektivgesellschaft nicht entgegenstehen.

[133])Kunz, S. 32; Holdheim, a. a. O., S. 195; Semmel, a. a. O.

[134]) Vgl. Staub, Anm. 22 zu § 105 DH; ferner auch Brodmann, Anm. 1 und 2 zu § 261 DH und dort zit.; Staub, Anm. 9 ff. zu § 261 DH; Cahn, a. a. O.

§ 6. Überblick über die Beteiligung der Aktiengesellschaft an den andern Handelsgesellschaften.

Bei der Betrachtung der Beteiligung der Aktiengesellschaft an den andern handelsgesellschaftlichen Unternehmungen haben uns die bisher dargelegten Gesichtspunkte zu leiten.

I. Die Aktiengesellschaft in der Kommanditgesellschaft.

Das wesentliche Merkmal, das die Kommanditgesellschaft von der Kollektivgesellschaft unterscheidet, besteht darin, daß bei wenigstens einem der Gesellschafter die persönlich unbeschränkte Haftung des Kollektivgesellschafters fortfällt, die Haftung vielmehr auf den bestimmten Betrag einer bestimmten Vermögenslage beschränkt wird.

Die Aktiengesellschaft kann bei einer Kommanditgesellschaft demnach entweder als persönlich haftender Komplementär oder als beschränkt haftender Kommanditär beteiligt sein. Obwohl das geltende Recht (Art. 590 OR) wie der Entwurf (Art. 594 E) auch hier nur von „Personen" als Gesellschaftern sprechen und es der Praxis überlassen, inwieweit Firmen Mitglieder einer Kommanditgesellschaft sein können,[1]) so ist gemäß den bei der Kollektivgesellschaft gemachten Ausführungen die Frage auch hier zu bejahen.

Man macht von dieser Möglichkeit verschiedenen Gebrauch: als Kapitalgesellschaften organisierte Unternehmungen können kartellartig in einer Kommanditgesellschaft vereinigt werden; um eine mehrfache Einkommenssteuer zu sparen (spez. in Deutschland), kann eine Kommanditgesellschaft gegründet werden, deren unbeschränkt haftender Gesellschafter eine Kapitalgesellschaft ist und deren Kommanditäre die Gesellschafter dieser letzteren sind: die sog. A.-G. & Cie., bezw. G. m. b. H. & Cie.[2])

[1]) Botschaft vom 29. Februar 1928, S. 220; Prot. Exp. Komm., S. 117; der von Wieland vorgeschlagene Zusatz: „Kommanditäre können auch Firmen sein" wurde abgelehnt, vor allem auch, weil damit die Frage negativ entschieden worden wäre, ob Firmen Kollektivgesellschafter sein können; vgl. Votum Cagianut, a. a. O.; Lichtensteinisches ZGB, Art. 733.

[2]) Vgl. S. 116 f.

1. Als unbeschränkt haftender Gesellschafter. Die Fähigkeit, unbeschränkt haftender Kommanditgesellschafter zu sein, entspricht der Fähigkeit, Mitglied einer Kollektivgesellschaft zu sein. Der unbeschränkt haftende Kommanditgesellschafter hat, was Geschäftsführung, Vertretung und Haftung anbelangt, die gleiche Rechtsstellung wie der Kollektivgesellschafter. Die Aktiengesellschaft kann also gemäß den in § 4 gemachten Ausführungen auch unbeschränkt haftender Kommanditgesellschafter sein. Nach Art. 870 OR (§ 19 DH) muß die Firma den Namen eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters enthalten. Ist die Aktiengesellschaft allein unbeschränkt haftender Gesellschafter, so enthält die Firma der Kommanditgesellschaft daher ihre Firma mit dem Zusatz „& Cie.“.[3]) Mit dem Einverständnis eines Kommanditärs, der dann freilich gleich einem Kollektivgesellschafter haftet, kann aber auch dessen Name in der Firma figurieren.

Besteht die Kommanditgesellschaft neben den Kommanditären aus mehreren unbeschränkt haftenden Gesellschaftern, darunter einer Aktiengesellschaft, so bilden diese letzteren nach dem Wortlaut von Art. 593 OR im Innern der Kommanditgesellschaft eine Kollektivgesellschaft, deren Existenz aber vom Bestehen der ersteden abhängig ist, mit der sie in Bezug auf Firma, Vermögen, Geschäftsführung, Vertretung etc. zusammenfällt, weil eben die unbeschränkt haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft nur in dieser Eigenschaft zugleich untereinander Kollektivgesellschafter sind. Es kann also für die genauere Bestimmung der Stel-

[3]) Über die dabei entstehende Kollision von Personal- und Sachfirma vgl. S. 114/15. — Nicht beweisbar ist die Behauptung, es sei — anders als der Kommanditär — nur Kaufmann, wer seine volle Rechtspersönlichkeit in einem Handelsgewerbe einsetze. Vgl. Staub, Anm. 18 zu 1 DH und die dort zit. Literatur. Ferner: Pappenheim, die Kaufmannseigenschaft des Kommanditärs in der Festgabe f. Hänel 1907 und dort. Literatur; Tomalla, in Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 63, S. 43 f.; Sohm, in Leipziger Zeitschr., Bd. 3, S. 594; dagegen Pappenheim, ebendort, Bd. 4, S. 1; Ehrenberg in Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 87 (1924), S. 361; derselbe, Handbuch II, S. 69; J. von Gierke, HR II, S. 172. Die Firma gibt den gemeinschaftlichen Namen ab für alle Gesellschafter, also auch für die Kommanditäre. Das Handelsgewerbe wird auch in deren Namen betrieben. Auch sie sind als Mitgesellschafter Träger aller Rechte und Pflichten, die unter der Firma erworben werden, also auch Kaufleute. Zum wenigsten kommt ihnen ein Teil des Kaufmannsrechtes zu.

lung der Aktiengesellschaft zu dieser internen Kollektivgesellschaft und zur Kommanditgesellschaft auf § 5 verwiesen werden.

2. Als Kommanditär. Daß eine Aktiengesellschaft sich mit einer bestimmten Einlage und ohne jede weitere Verpflichtung an einem Unternehmen beteiligen kann, ist selbstverständlich.[4]) Dieser Beteiligung stehen keine der rechtlichen Schwierigkeiten entgegen, welche sich bei einer Teilhaberschaft der Aktiengesellschaft an der Kollektivgesellschaft ergeben haben. Die Aktiengesellschaft als Kommanditär haftet unbeschränkt nur in drei Fällen:

a) während der Zeit der Entstehung der Kommanditgesellschaft durch tatsächlichen Gebrauch der Firma bis zu deren Eintrag im Handelsregister (Art. 599 OR, § 163 DH);
b) wenn ihre eigene Firma in der Firma der Kommanditgesellschaft erscheint (Art. 600 OR, § 168 DH);
c) wenn sie durch ihre Organe für die Kommanditgesellschaft handelt, ohne daß dieselben ausdrücklich als deren Prokuristen oder Bevollmächtigte bezeichnet sind.

Die Eintragung der Kommanditgesellschaft umfaßt auch die als Kommanditär beteiligte Aktiengesellschaft (Art. 591 OR, § 151 DH) samt ihrer Kommanditsumme. Die Aktiengesellschaft hat weder Vertretungs- noch Geschäftsführungsbefugnis (Art. 595 OR, § 158 DH), sondern nur ein Einsichtsrecht in die Bücher, um sich über den Stand des Geschäftes zu orientieren (Art. 594 und 541 OR, § 166 DH). Den Kommanditären zustehende Mitspracherechte übt die Aktiengesellschaft durch ihre Organe aus.

Als Gesellschafterin hat die Aktiengesellschaft im Konkurs der Kommanditgesellschaft keine Forderung (Art. 608 OR, § 199 DH). Sie ist Schuldnerin, soweit ihre Kommanditsumme noch nicht eingezahlt ist. Die Sonderkonkurse der unbeschränkt haftenden Gesellschafter wickeln sich ab analog denjenigen der Kollektivgesellschafter (Art. 552 OR, § 150 DH). Während der Dauer der Kommanditgesellschaft haben deren Gläubiger kein direktes Klage-

[4]) Vgl. Prot. Exp. Komm., a. a. O.; Kommentare zu Art. 590 OR; Zeller, Anm. 2; Kommentare zu § 261 DH, vor allem Staub, Anm. 6; Lehmann, Aktienrecht I, S. 255, Anm. 7; Marcus, bei Holdheim, Bd. 20, S. 215; OLG Dresden, ebendort, Bd. 9, S. 22.

recht gegen die als Kommanditär beteiligte Aktiengesellschaft (Art. 603, Abs. 1 OR, § 165 DH). Kommt diese letztere während des Bestehens der Kommanditgesellschaft in Konkurs, so kann diese bezw. ihre Gläubiger wiederum nur insofern daran teilnehmen, als die Aktiengesellschaft ihre Kommanditsumme noch nicht einbezahlt hat (Art. 610 OR, Art. 603, Abs. 1 OR, § 165 DH). Auflösung und Konkurs der Aktiengesellschaft bilden in diesem Falle keinen zwingenden Auflösungsgrund für die Kommanditgesellschaft (Art. 577 OR, § 142 DH).

II. Die Aktiengesellschaft als Aktionär.

Eine alltägliche Erscheinung des modernen Wirtschaftslebens ist die Beteiligung einer Aktiengesellschaft an einer andern durch Erwerb von Aktien oder durch Zeichnung bei der Gründung.[6]) Eine solche Beteiligung wird in der Regel nicht zu den Rechtshandlungen gehören, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen.[7]) Die Aktiengesellschaft übt das Stimmrecht in der fremden Gesellschaft durch ihre Organe aus.

Das typische und zugleich extreme Beispiel für unsern Fall ist die Holding-Company.[8])

III. Die Aktiengesellschaft in der Kommanditaktiengesellschaft.

Als Folgerung aus den bereits gemachten Ausführungen ergibt sich, daß der Beteiligung einer Aktiengesellschaft an der die Kapitalkraft der Aktionäre mit der geschäftlichen Tüchtigkeit der unbeschränkt haftenden Geschäftsführer verbindenden Kommandit-

[5]) Vgl. S. 123 f.

[6]) Wissenschaft und Praxis nehmen übereinstimmend an, daß auch Gesellschafter Gründer sein können. Über die Schwierigkeit, die sich für das deutsche Recht dabei aus dem Wortlaut von § 313 DH ergibt und deren Umgehung vgl. Staub, Anm. 5 zu § 182 DH.

[7]) Über die Notwendigkeit der Befragung der Generalversammlung bei größeren Investierungen vgl. S.

[8]) Vgl. zu ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung Toggweiler, S. 42 f.; Lauchenauer, die Holding-Company, Zürich 1924; für die allg. Fragen sei verwiesen auf Friedländer, S. 116 f. und die dort zit. Literatur; Steuerrechtliches ebendort, S. 413 ff.

aktiengesellschaft nichts im Wege steht. Als unbeschränkt haftender Gesellschafter ist die Aktiengesellschaft analog einem Kollektivgesellschafter zu beurteilen,[9]) als Kommanditaktionär analog einem Aktionär.[10])

IV. Die Aktiengesellschaft in der G. m. b. H.

Das gleiche gilt für eine Beteiligung der Aktiengesellschaft an der im Entwurf des neuen Obligationenrechtes vorgesehenen G. m. b. H. In Theorie und Praxis ist ihre Möglichkeit unbestritten.[11]) Auch der Entwurf stellt sich in Art. 766 grundsätzlich auf diesen Standpunkt. Kartelle und Syndikate konstituieren sich in Deutschland mit Vorliebe in der Form der G. m. b. H.

V. Die Aktiengesellschaft in der Genossenschaft.

Trotzdem juristisch sich sehr weitgehende Analogien zwischen der Genossenschaft und der Aktiengesellschaft nachweisen lassen, und obwohl auch die erstere eine Kapitalbeteiligung voraussetzt,[12]) so sind beide doch wesentlich verschieden. Die Genossenschaft ist in erster Linie doch Personenverbindung. Sie will die Erwerbs- und Verbrauchswirtschaft ihrer Mitglieder fördern. Ihr Statut kann den Mitgliedern Leistungen auferlegen, die über eine bloße Kapitalbeteiligung derselben hinausgehen.[13]) Hauptsächlich darin, ferner in der möglichen — gesetzlichen oder statutarischen — persönlichen Solidarhaft der Mitglieder gegenüber den Gläubigern unterscheidet sich die Genossenschaft wesentlich von der rein kapitalistischen Aktiengesellschaft. Im übrigen stimmen Aktien-

[9]) Zeller, Anm. 2 zu Art. 590 OR; Staub, Anm. 11 zu § 320, Anm. 5 zu § 161 DH; Iklé, die Kommandit-Aktiengesellschaft nach schweiz. und deutschem Recht (1907), S. 63 f.

[10]) Staub, Anm. 14 zu § 320 DH.

[11]) Brodmann, Komm. zum G. m. b. H.-Gesetz, Anm. 1 zu § 6, „eine A.-G. kann Mitglied einer G. m. b. H. sein, nicht aber ihr Geschäftsführer, auch nicht durch die Person eines Vorstandsmitgliedes". (Zur letzteren Ansicht vgl. III. Teil, S. 141); ferner RG Bd. 105, S. 101; Huber, Bericht, S. 173, a. E.; Botschaft, S. 273.

[12]) Vgl. Parisius-Crüger, Anm. 2 zu § 1; Waldecker, § 9, S. 122 f.

[13]) Parisius-Crüger, Anm. 2 zu § 6; RG vom 9. II. 1898 in JW, 1898, S. 205.

gesellschaft und Genossenschaft in ihrer Organisation beinahe überein.

Einer der hauptsächlichsten Einwände, die gegen die Möglichkeit der Beteiligung einer Aktiengesellschaft an einer Kollektivgesellschaft erhoben werden, ist die daraus sich ergebende unbeschränkte Haftbarkeit der ersteren für die Schulden der letzteren. Trotzdem aber auch bei der Genossenschaft eine unbeschränkte Haftung ihrer Mitglieder möglich, im schweizerischen geltenden Rechte sogar die Regel ist (Art. 689 OR), haben Wissenschaft und Praxis überwiegend die Möglichkeit einer Beteiligung von Handelsgesellschaften an der Genossenschaft bejaht.

Während das geltende schweizerische Recht und die deutschen Genossenschaftsgesetze vom 4. Juli 1868 und vom 1. Mai 1889 keine Bestimmungen über diese Frage enthalten, sagt der schweizerische Entwurf in Art. 817: „Die Genossenschaft des Obligationenrechtes ist eine als Körperschaft organisierte Verbindung einer nicht geschlossenen Zahl von natürlichen und juristischen Personen..." Der gleiche Grundsatz ergibt sich aus dem seit 1. Januar 1900 geltenden deutschen Genossenschaftsgesetz, implicite aus § 9, Abs. 2 und direkt aus § 43, Abs. 4, wo bestimmt wird, daß Handelsgesellschaften als Mitglieder von Genossenschaften ihr Stimmrecht durch einen Vertreter ausüben lassen können.

Die *schweizerische* Theorie hat sich ohne Ausnahme bejahend ausgesprochen. Blatter[14]) sagt kurz: „Auch nicht-physische Personen können die Mitgliedschaft erlangen." Zeller[15]) geht noch weiter: „Die Mitgliedschaft einer Genossenschaft können nicht nur physische, sondern auch juristische Personen erlangen, sowie Kollektiv- und Kommanditgesellschaften." Egger[16]) ist der Ansicht, daß auch Genossenschaften sich zu einem Verband, wiederum in der Rechtsform der Genossenschaft, zusammenschließen können.

In der *deutschen* Literatur verneinte auf Grund des Gesetzes von 1868 Parisius[17]) die Möglichkeit der Beteiligung von andern Verbandspersonen an Genossenschaften, mit der auf den Wortlaut von § 86 und § 94 DH und § 75 Gen.-Ges. gestützten Begründung, die Genossenschaft habe wie die offene Handelsgesellschaft zu ihrer begriffsmäßigen Voraussetzung natürliche Personen. — Grundsätzlich ablehnend verhielten sich auch die Allgemeinen Genossenschaftstage in Bad Nauheim (1910) und in Posen (1913) gegenüber der Frage der Mitgliedschaft von Genossenschaften an Genossenschaften, die mit dem lokalen Charakter der Genossenschaft, mit ihren Haftungsgrundsätzen und mit der Übersichtlichkeit ihrer Organisation sich in Widerspruch befinde.[18]) Sicherer[19]) sieht dagegen auch im Gesetz von 1868 kein Hindernis gegen die Beteiligung, weil die eintretende Gesellschaft einfach mit ihrem ganzen Gesellschaftsvermögen „unbeschränkt" hafte für die Schulden der Genossenschaft. Kolb[20]) macht die Möglichkeit eines Eintrittes der Aktiengesellschaft in die Genossenschaft von einer reinen quaestio facti abhängig, von der Voraussetzung nämlich, daß „die Genossenschaft die unmittelbare Förderung des Erwerbes und der Wirtschaft der Aktiengesellschaft bezwecke". Waldecker[21]) will nur juristische Personen zulassen, Müller-Erzbach[22]) dagegen befürwortet auch die Möglichkeit des Beitrittes von nicht-rechtsfähigen Vereinen, nicht-eingetragenen Genossenschaften etc. Parisius[23]) hat nach dem Gesetz von 1900 seine Ansicht ebenfalls geändert und schließt nur nicht-rechtsfähige Vereine von der Mitgliedschaft aus.

---

[14]) Die Rechtsverhältnisse der Mitglieder in der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft, Berner Diss. 1899, S. 47.

[15]) Komm. OR Anm. 1 zu Art. 683.

[16]) Revision d. Genossenschaftsrechtes, in Verhdlg. d. Schweiz. Juristen-Vereins 1922, S. 223a und S. 154a; über die Beteiligung von Gemeinwesen an Genossenschaften vgl. ebendort, S. 229; Parisius-Crüger, Anm. 5 zu § 15; Blatter, a. a.O., S. 48; vgl. ferner Huber, Bericht, S. 145; Prot. Exp. Komm., S. 555; Bohnheft, S. 287.

[17]) Die Genossenschaftsgesetze im deutschen Reiche (1876), S. 268; ebenso Schultze-Delitzsch, Material zur Revision des Genossenschaftsgesetzes (1883), S. 17.

[18]) Vgl. Mitteilungen der Gen. Tage 1910, S. 186 ff. und 1913, S. 183 ff.

[19]) Die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland (1876), S. 171.

[20]) Die Aktiengesellschaft als Mitglied eines Vereins, Erlangen, 1896, S. 48.

[21]) Die eingetragene Genossenschaft (1916), S. 164/5 und Anm. 1, S. 165.

[22]) Komm. zum DH (1927), S. 37.

[23]) Parisius-Crüger (1928), Einl. III C; Anm. 4 zu § 9, Anm. 1 zu § 43.

Daß Genossenschaften häufig die Neigung nach Zusammenschluß zu höheren kartellrechtlichen Verbänden in genossenschaftlicher Form haben, ist verständlich.[24]) Konsumvereine, landwirtschaftliche Genossenschaften etc. organisieren sich gerne zu Wareneinkaufsgenossenschaften zwecks gemeinsamen Bezuges ihrer Waren. Ebenso wie ein Einzelner oder eine Genossenschaft kann aber auch irgend ein Personenverband dasselbe Bedürfnis nach Zusammenschluß mit einer Genossenschaft haben, wenn die Interessen beider dieselben sind. Diese Tendenz zu hemmen, liegt kein Grund vor.

Schwierigkeiten ergeben sich bei der Beteiligung einer Aktiengesellschaft an einer Genossenschaft keine besonderen. Ist die Haftung der Genossenschafter unbeschränkt, so liegen die Haftungsverhältnisse für die Aktiengesellschaft analog wie bei der Teilhaberschaft an einer Kollektivgesellschaft. Im übrigen ist auch hier auf die früheren Ausführungen zu verweisen.

§ 7. Die G. m. b. H. & Cie.

I. Entstehung und Begriff.

Die Bedürfnisse des Wirtschaftslebens haben die Gesetzgebung allmählich zur Aufgabe der starren Trennung zwischen Personal- und Kapitalgesellschaft [1]) und zur Einführung eines Zwischengliedes veranlaßt, der *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*,[2]) welche die unbeschränkte Solidarhaft der Kollektivgesellschafter vermeiden und doch eine engere Verbindung zwischen Mitglied und Gesellschaft anstreben will, als sie bei der Aktiengesellschaft möglich ist.[3]) Die G. m. b. H. hat in der Praxis sehr große Verbreitung ge-

[24]) Prot. Exp. Komm., Votum Egger, S. 555; Müller-Erzbach, S. 350 f.

[1]) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Bd. IV, S. 791 ff.; Geiler, Gesellschaftliche Organisationsformen, S. 9 ff. und dort zit. Literatur; Brodmann, Anm. 8 zu § 3; Botschaft, S. 271 f.; Prot. Exp. Komm., Votum Egger, S. 481.

[2]) Deutsches Gesetz vom 20. 4. 1892; österr. Gesetz vom 6. 3. 1906; franz. Gesetz vom 7. 3. 1925; Botschaft, S. 411.

[3]) Näheres bei Brodmann, G. m. b. H.-Gesetz, Anm. 2 zu § 1; spez. bei Feine, S. 1 ff.; vgl. Crüger-Crecelius, G. m. b. H.-Gesetz, S. 33 f.; Hirschfeld, S. 65 f.

funden und ist häufiger als die unpersönliche und straffer organisierte Aktiengesellschaft dazu benützt worden, kapitalistische Gründungen in die Form von Personalgesellschaften zu kleiden.

Da die G. m. b. H. als juristische Person anerkannt ist und gesetzliche Organe besitzt, deren Handeln ihr zugerechnet wird,[4]) unterscheidet sich ihre Beteiligung an einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft in keiner Weise von derjenigen einer Aktiengesellschaft an diesen Gesellschaften. Als häufigster Fall einer „G. m. b. H. & Co." erscheint in der deutschen Praxis aber eine ganz spezielle Abart der Kombination von G. m. b. H. und Personalgesellschaft: eine Kommanditgesellschaft, deren einziger unbeschränkt haftender Gesellschafter die G. m. b. H. selbst ist und deren Kommanditäre ausschließlich aus den Gesellschaftern der G. m. b. H. bestehen.[5])

Zum ersten Mal hatten die deutschen Gerichte im Jahre 1912 Gelegenheit, zu entscheiden, ob eine solche Gesellschaftsform zum Eintrag ins Handelsregister zuzulassen sei.[6]) Anlaß dazu gab eine in der oben angedeuteten Weise organisierte Kommanditgesellschaft. Diese führte das von der G. m. b. H. bisher betriebene Unternehmen unter der bisherigen Firma mit dem Zusatz „& Co.". Als Zweck der G. m. b. H. war angegeben worden: „Verpachtung des Geschäftes an eine Kommanditgesellschaft". Als Pachtzins wurde der G. m. b. H. nur soviel bezahlt, als sie zur Bestreitung der Lasten ihres Besitzes und zu dessen Erhaltung bedurfte. Die Kommanditeinlagen waren gering. Sie wurden proportional den Geschäftsanteilen der G. m. b. H. abgestuft und durften ohne Zustimmung dieser letzteren nicht veräußert werden. Kommanditäre waren ausschließlich Besitzer von Geschäftsanteilen der G. m. b. H.

Anstoß zu solchen Kommanditgesellschaften gaben außer dem Wunsch, die höheren Kosten der Gründung von Kapitalgesell-

[4]) Brodmann, Anm. 1 zu § 13 und Anm. 1 zu § 35 G. m. b. H.-Gesetz und dort zit.

[5]) Vgl. Staub-Bondi, Anm. 22 zu § 105 DH mit neuerer Literatur und Rechtssprechung; Düringer-Hachenburg, Anm. 20 zu § 105; Friedländer, S. 78; Beispiel bei Bauer, in Zeitschr. f. Aktiengesellschaften, Bd. 24, S. 104, Bd. 25, S. 148 und 151; bei Zielinski, Grundtypenvermischung und Handelsgesellschaftsrecht 1925, S. 21 ff.; Cahn, die G. m. b. H. & Co., KG (1922).

[6]) Bayer. OLG vom 16. 2. 1912, Stenogr. Bericht 1912, No. 146, S. 175.

schaften zu sparen, vor allem die bayerischen Steuergesetze vom 14. Juli 1910. Danach haben die G. m. b. H. wie auch ihre Gesellschafter Einkommenssteuer zu bezahlen. Die G. m. b. H. als juristische Person ist gewerbesteuerpflichtig für ihr Kapital, die Geschäftsanteile der Gesellschafter werden zur Kapitalrentensteuer voll herangezogen. Bei der G. m. b. H. & Co. hat nun nur die Kommanditgesellschaft ein Einkommen, die Steuer darauf wird nur einmal vom Kommanditär erhoben. Das Einkommen der G. m. b. H. als des unbeschränkt haftenden Gesellschafters ist möglich gering bemessen, die Steuer also minimal. Gleiches gilt für die Gewerbesteuer der G. m. b. H. und die Kapitalrentensteuer der Gesellschafter.

II. Zulässigkeit.

Prima facie wirkt eine solche Kommanditgesellschaft etwas befremdlich. Es bedarf einer gewissen Abstraktionsfähigkeit, sich eine Gesellschaft mit „beschränkter" Haftung vorzustellen, die mit ihren eigenen Gesellschaftern eine Kommanditgesellschaft eingeht, selber persönlich „unbeschränkt" haftender Gesellschafter ist und die als Gerant der Kommanditgesellschaft ihr ganzes Geschäft dieser verpachtet hat. Und doch ist die Rechtsauffassung, welche dieser Gesellschaftsform zugrunde liegt, logisch unanfechtbar. Der Entscheid des OLG hat sie denn auch für zulässig erklärt. Die Überspannung juristischer Gedanken, von welcher Brodmann in ähnlichem Zusammenhange redet,[7]) ist hier nur die Konsequenz einer ersten Abstraktion, zu der die Steuergesetzgebung gelangt ist. Dort hatte man aus der rechtlichen Auffassung der Natur der G. m. b. H. Folgerungen gezogen, die zu einer Doppelbelastung des wirtschaftlich nur einmal vorhandenen Einkommens führte. Nichts kann die davon Betroffenen abhalten, sich derselben juristischen Logik zu bedienen, um deren Folgen abzuwehren.

Das bayerische OLG anerkennt in der Begründung seines Urteils zuerst die rechtliche Möglichkeit der Beteiligung einer G. m. b. H. an einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft und sagt weiter, daß von einer Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages, weil

[7]) Anm. 2c zu § 243, Aktiengesetz.

er eine geringere Steuerbelastung bewirken wolle, keine Rede sein könne. Was die erste Erwägung anbelangt, so kann hier auf die für die Aktiengesellschaft gemachten Ausführungen verwiesen werden.[8]) Die zweite Erwägung dagegen bedarf einer näheren Untersuchung.[9])

Man hat die G. m. b. H. & Co. als bloße „Steuerhinterziehungsgesellschaft" hinzustellen versucht und deshalb abgelehnt. Dies ist eine sehr oberflächliche Argumentation. Sicherlich soll eine Gesellschaftsform ihre wirtschaftliche Ursache und Rechtfertigung nicht lediglich in der Steuergesetzgebung finden. Es kann aber Gründe für die Eingehung einer G. m. b. H. & Co. geben, die nicht als bedenklich und wirtschaftlich ungesund abgelehnt werden können.[10])

Jedes Steuergesetz sucht zu verhindern, daß seine Lücken durch juristische Kunstgriffe zur Steuerumgehung und -minderung ausgenützt werden. Jeder Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des Privatrechts zu diesem Zwecke ist unzulässig. Es kann aber in der ratio keines Gesetzes liegen, gesellschaftliche Organisationsformen unter bestimmte Steuervorschriften zu pressen, deren Voraussetzungen tatsächlich nicht gegeben sind, es gibt kein Verbot für den Steuerzahler, sich einer Form und Organisation zur Erreichung seiner geschäftlichen Ziele zu bedienen, die, ohne Absicht der Steuerhinterziehung, ihm doch gewisse Unkosten und Mehrsteuern ersparen. Voraussetzung ist nur, daß sie nicht gesetzwidrig sind. Die Kommanditgesellschaft „G. m. b. H. & Co." kann in der Absicht gegründet werden, als Einkommensempfänger und Steuerträger ausschließlich die einzelnen physischen Personen, die

[8]) Vgl. S. 60 ff.; ferner RG 105, S. 101; RFH Bd. 17, S. 107; Feine, S. 230.

[9]) Steuerrechtliche Fragen bei Hachenburg, deutsche Steuerzeitung 1920, Nr. 2, S. 29; DJZ 1913, S. 53; Rosendorff, ebendort, No. 3, S. 61; Friedländer, S. 78; Mirbt, Grundriß des deutschen und preußischen Steuerrechtes 1926, S. 196 ff.: Marcuse, Gründungen und Neugründungen, neue Steuerrundschau 1920, S. 15; Kahn, Steuerumgehung und Steuerersparung, S. 3 ff.; Geiler, Körperschaftssteuergesetz, S. 166/69; Entscheide bei Täuber, S. 131 ff., spez. RFH v. 7. 7. 1925.

[10]) Vgl. Einleitung, S. 5 f.; Feine, S. 231; weitere Beispiele bei Zielinski, a. a. O. und in Bauers Zeitschr. Bd. 19, S. 37.

Gesellschafter, erscheinen zu lassen. Darin liegt kein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot. Wenn formale Voraussetzung der Steuerpflicht ist, daß die G. m. b. H. aus ihrem Geschäftsbetriebe und die Gesellschafter aus ihrer Beteiligung an dem Reingewinn der G. m. b. H. Einkommen beziehen, so muß diese Steuerpflicht aufhören, sobald nach den bestehenden Gesellschaftsverträgen ein solches Einkommen nicht mehr vorhanden ist. Diese Verträge sind auch nicht als Scheingeschäfte nichtig. Die Parteien müssen sie rechtlich wollen, wenn sie den erstrebten Rechtserfolg haben wollen. Niemand kann gezwungen werden, eine G. m. b. H. zu gründen, wenn er eine Kommanditgesellschaft errichten will.

Die Gesellschafter einer schon bestehenden G. m. b. H. können deren Auflösung beschließen und das Unternehmen auf eine unter ihnen neu gegründete Kommanditgesellschaft übertragen. Ebenso wird die Doppelbesteuerung vermieden, wenn die Kommanditgesellschaft das Unternehmen der G. m. b. H. nur pachtet. Überlassung zu Pacht ist so wenig Simulation wie Überlassung zu Eigentum. Die erstere hat Vorteile: sie vermeidet die Auflösung der G. m. b. H., die Störung durch Liquidation und Sperrjahr und die Kosten der Überschreibung des Liegenschaftsvermögens. Es ist begreiflich, daß eine Form, die vermehrte Steuern mit sich bringt, wieder aufgegeben wird oder durch eine andere ersetzt wird. Das Unternehmen bleibt, sein Einkommen ist steuerpflichtig. Aber in dem Momente, da es rechtlich nicht mehr der juristischen Person G. m. b. H. gehört, kann es nicht mehr doppelt besteuert werden.

Soweit die Gewinne der G. m. b. H. & Co. nicht verteilt werden, können sie auf die G. m. b. H. übertragen und dort als Reserven zurückgelegt werden. Selber schüttet die G. m. b. H. keine Gewinne aus, der auf sie fallende Gewinnanteil wird von den Gesellschaftern nicht als Einkommen versteuert, sie selbst zahlt dafür einen festen Steuersatz. Die Einkommenssteuer auf diese möglichen Rücklagen bei der G. m. b. H. geht dem Staate nicht unbedingt verloren: bei Auflösung der G. m. b. H. löst sich ohne anderweitige vertragliche Bestimmung auch die G. m. b. H. & Co. auf, ihre Reserven fließen den übrigen Gesellschaftern der Kommanditgesellschaft zu und werden von diesen als Einkommen versteuert.

Wir gelangen also zum Schlusse, daß die G. m. b. H. & Co. auch steuerrechtlich nicht als unzulässig betrachtet werden darf. Abzuwarten bleibt, ob mit Einführung der G. m. b. H. in der *Schweiz* auch bei uns die G. m. b. H. & Co. auftauchen wird und wie sich die Handelsregister und ev. die Gerichte dieser Gesellschaftsform gegenüber allgemeinrechtlich und steuerrechtlich verhalten werden. Mit der Einführung der Körperschaftssteuer durch das Reichsgesetz vom 30. März 1920 ist die G. m. b. H. & Co. auch in Deutschland großenteils wieder von der Bildfläche verschwunden.[11]) Bereits liegt ein Entscheid des Reichsfinanzhofes vor,[12]) wonach bei einer G. m. b. H. & Co. mit Identität der Gesellschafter die Einnahmen der Kommanditäre als Gewinn-Ausschüttung der G. m. b. H. betrachtet werden soll.

III. Die Firmenbildung.

Bei einer G. m. b. H. & Co., bei der noch andere unbeschränkt haftende Gesellschafter vorhanden sind, kann die Kommanditgesellschaft sehr wohl eine andere Firma haben als die sie gründende G. m. b. H. Die andern Gesellschafter können dem Unternehmen den Namen geben. Bei einer G. m. b. H. & Co., bei der die G. m. b. H. einziger unbeschränkt haftender Gesellschafter ist, kann sich u. U. eine Schwierigkeit ergeben, weil die Kommanditgesellschaft nach Art. 870 OR (§ 19 DH) eine Personalfirma haben muß, die G. m. b. H. dagegen, die in diesem Fall als einziger persönlich haftender Gesellschafter in der Firma der Kommanditgesellschaft erscheinen muß, nach E Art. 931 (§ 4 G. m. b. H.-Gesetz) ihre Firma frei wählen, also auch eine Sachfirma haben kann. Im letzteren Falle würde die Firma der Kommanditgesellschaft scheinbar notwendig zur Sachfirma.

Ein frei erfundenes Beispiel: Die „Aargauische Elektrizitätsgesellschaft m. b. H." gründet die „Aargauische Elektrizitätsgesellschaft m. b. H. & Co." als Kommanditgesellschaft. „Aargauische Elektrizitätsgesellschaft" ist zwar eine vom Gegenstand des Unternehmens genommene Firma. Anders die „Aargauische Elektrizitätsgesellschaft m. b. H. & Co.". Dies ist eine Personalfirma, denn

[11]) Vgl. Geiler, Körperschaftssteuergesetz, S. 166 f.
[12]) RFH Bd. 17, S. 91; Hirschfeld, S. 77.

dieser Begriff setzt den Namen einer physischen Person nicht voraus.[13]) Es genügt auch der einer juristischen Person, in diesem Falle der G. m. b. H. Die Vorschrift des Art. 870 OR (§ 19 DH) wird nicht verletzt. Wenn aber die „Aargauische Elektrizitätsgesellschaft m. b. H." eine Kommanditgesellschaft gründen und diese „Verkaufsstelle der Aargauischen Elektrizitätsgesellschaft m. b. H. & Co." nennen wollte, so wäre das unzulässig, weil das Wort „Verkaufsstelle" auf eine Sachfirma deutet und für die Kommanditgesellschaft nicht verwendet werden darf. Die Firma der G. m. b. H. & Co. ist eng gebunden an die Firma der G. m. b. H. Ändert diese ihre Firma, so muß es auch die G. m. b. H. & Co. tun. Sie ist verpflichtet, die entsprechende Änderung im Handelsregister für sich zu beantragen. Die Registerbehörde kann die säumige G. m. b. H. & Co. von Amtes wegen zur Anmeldung der Änderung anhalten (Art. 875 OR, § 14 DH).

Im übrigen liegen die Verhältnisse bei der G. m. b. H. & Co. analog den schon bei der Beteiligung der Aktiengesellschaft an einer Kollektivgesellschaft besprochenen Fragen. Was die Ersatzpflicht der G. m. b. H. & Co. für Aufwendungen der G. m. b. H. in ihrem Dienste (OR Art. 537, DH § 110) anbelangt, so ist dies auch bei der G. m. b. H. & Co. mit Identität der Gesellschafter keine bloße leere Rechnungsformel. Denn obgleich Gläubiger- und Schuldnergesellschaft die gleichen physischen Personen umfassen, ist doch der Ersatzanspruch für Verrechnung, Bilanz und Versteuerung nicht gleichgültig.

[13]) RG vom 17. 9. 1920.

III. Teil.
Die Aktiengesellschaft als Organ von Handelsgesellschaften.

§ 8. Die Aktiengesellschaft in der Generalversammlung.

I. Zulässigkeit.

Die Generalversammlung ist ein notwendiges Organ der Aktiengesellschaft. Ihrer Zuständigkeit unterliegen die Gegenstände, die das Gesetz ihr ausdrücklich zuweist (Statutenänderung, Kapitalserhöhung und Kapitalsherabsetzung, Wahl und Abberufung der Verwaltung etc.). Außerdem kann sie alles bindend beschließen, was ihrer Zuständigkeit nicht durch die Statuten entzogen ist.[1])

Das Stimmrecht in der Generalversammlung hat der Aktionär auf Grund der Aktie. Die „Aktie" bezeichnet dreierlei: den betreffenden Teil des Grundkapitals, das den Mitgliedern der Gesellschaft als solchen zustehende Recht (Aktienrecht) und endlich die dieses Recht verbriefene Urkunde. Der Aktienerwerb ist grundsätzlich an keine Voraussetzungen gebunden. Namensaktien können auch auf Firmen lauten.[2]) Die juristische Person wird damit zum Mitglied des Kollegialorganes *Generalversammlung*. Die Stimm-

[1]) Über die Zuständigkeit der Generalversammlung vgl. Hergenhahn, Berufung und Tätigkeit der Generalversammlung der A.-G., S. 82 ff. — Über Sonderrechte vgl. Bachmann, Sonderrechte des Aktionärs (1902); Mori, diritti speciali dell'azionista (1892); Vighi, diritti individuale degli azionisti (1902).

[2]) Haberstich, Handbuch des schweiz. OR II, S. 515; ferner Landolt, S. 129; Zeller, Anm. 4 zu Art. 640 OR; BE Bd. 23 II, S. 925; Brodmann, Anm. 3b zu § 252 DH, 53 II, S. 47 f.

abgabe und die Anträge ihres Organs werden ihr zugerechnet. Einer besonderen Bevollmächtigung zur Stimmabgabe bedarf es nicht, das Organ handelt in seiner Organkompetenz und nicht als „Vertreter" der juristischen Person. Nur Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte bedürfen u. U. eines besonderen Vollmachtsnachweises. Ist Aktionär eine andere Aktiengesellschaft, bei welcher Kollektivvertretung besteht, so müssen die Organe einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten, als welcher auch einer von ihnen selbst auftreten kann, bestellen. Zur Generalversammlung werden für die eine Aktie oder wieviele es sind, die beiden Organe zugelassen. Abstimmen kann aber immer nur eines der beiden Organsubjekte.[3])

II. Bedeutung.

Der Erwerb von Aktien oder snostigen Geschäftsanteilen ist das allgemeinste Mittel zur Schaffung engerer Beziehung zwischen Unternehmungen, zugleich das einfachste und bequemste. Die Zwecke können verschieden sein: Einsichtsrecht des Gemeinwesens,[4]) oder eines privatrechtlichen Verbandes[5]) in das Unternehmen, kapitalistische Gewinnbeteiligung (Holding-Company), Gewinnbeteiligung oder Mitspracherecht der Arbeiter,[6]) bloße Teil-

[3]) Brodmann, Anm. 6 zu § 225 DH, 36 zu § 252; Goldschmidt, Aktienges., Anm. 1 zu § 225; Simon, in Festgabe für Wilke, S. 270 f. — Anderer Ansicht Ritter, Anm. 1 zu § 225; Staub, Anm. 20 zu § 252; Makower I zu § 225: Lehmann-Ring, Anm. 6 zu § 252; Landolt, a. a. O.

[4]) Zur Kontrolle aus öffentlich-rechtlichem Interesse. Vgl. Boelsen, Kapitalgesellschaften in öffentl. Hand und die dort zit. Literatur; Egger, zur Revision des schweiz. Aktienrechtes, S. 43 f.; Botschaft, S. 266; vgl. die Literaturangabe auf S. 61, Anm. 6.

[5]) Vgl. Klausing, S. 47 ff. und die dort zit. Literatur.

[6]) Vgl. in Frankreich „Loi sur les sociétés anonymes à participation ouvrière du 28 avrile 1917". Der Gewinnbeteiligung ohne Mitspracherecht soll der Charakter eines Almosens genommen werden durch Einführung der dividendenberechtigten Arbeitsaktie neben der Kapitalaktie, die jedoch einen Vorzugszins erhält, der sich nach dem jeweiligen Zinsfuß für Kapitalanlagen richtet. (Art. 630 OR würde das ausschließen.) Die Arbeitsaktie ist kein Teil des Grundkapitals, sie wird nicht bilanziert, berechtigt nicht zu Liquidationserlös. Sie ist Kollektivaktie, Eigentum der Gesamtheit der Arbeitnehmer als juristischer Person, der sog. „société commerciale coopérative de main d'oeuvre", einem

nahme an der Generalversammlung etc. Durch den Erwerb der Mehrheit der Aktien wird naturgemäß der Einfluß und die Kontrolle über eine Gesellschaft voll erlangt. Eine solche Beteiligung ist ein Ersatz für die Fusion. Beide Gesellschaften behalten ihre getrennten Firmen, die Haftung der beteiligten Gesellschaft geht nur bis zum Betrag der in ihrem Besitz befindlichen Aktien, die Verbindung ist jederzeit wieder lösbar. Solche Vorteile können Unternehmungen, die sich ausdehnen oder ein neues, noch unsicheres Geschäft beginnen wollen, veranlassen, dafür eine eigene neue Gesellschaft zu gründen, deren Hauptaktionäre sie sind oder die sie ganz allein finanzieren (Tochtergesellschaft, Holding-Gesellschaft, one-man-company).

III. Einzelfragen.

Aus der wirtschaftlichen Beteiligung von Unternehmen an andern Unternehmen ergeben sich eine Reihe von Fragen, die meist in das Konzern- und Kartellrecht gehören und auf die hier nur kurz verwiesen werden kann.

1. Stimmrechtsfragen. Art. 640, Abs. 2 OR (§ 221 DH) bestimmt, daß in der Generalversammlung kein Aktionär mehr als $^1/_5$ der vertretenen Stimmen auf sich vereinigen darf. Ist das Organ, das die beteiligte Aktiengesellschaft A vertritt, selber auch Aktionär der Gesellschaft B, so muß natürlich die Berechnung der Stimmenzahl für beide Aktienpakete gesondert erfolgen, obgleich dieselbe Person alle Stimmen abgibt. Die Dividenden fallen ja auch nicht demselben Aktionär zu. Wichtiger aber ist die Frage:

Verein, dem obligatorisch alle Arbeitnehmer angehören, die seit einem Jahr bei dem Unternehmen arbeiten, und der in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat vertreten ist. — Vgl. Pic, Bd. 3, S. 577 ff.

Ähnlich italienischer Entwurf, Art. 177: „Mediante disposizione dello statuto possono essere emesse speciali categorie di azioni a favore del personale ausiliario ed operaio addetto alla società, com norme particolari riguardo la forma, il valore, l'alienabilità ed ogni altra facoltà spettante agli azionisti". Vgl. Egger, a. a. O., S. 23; Neue Zürcher Zeitung, Nr. 1448 vom 10. 8. 1928; Giezendanner, die Vertretung der Arbeitnehmer in den Organen der Aktiengesellschaft (1925). M. Greiner, Aktiengesellschaft mit Beteiligung der Arbeitnehmer, in Schweiz. Zeitschr. f. Betriebswirtschaft, 35. Jahrg. 1929, Heft 6; Huber, Bericht, S. 112 f.: Prot. Exp. Komm., S. 222 f.

Kann eine sog. *Tochtergesellschaft*[7]) in der Generalversammlung der Muttergesellschaft oder eines dritten Unternehmens mitstimmen, wenn es sich um Rechtsgeschäfte zwischen diesen beiden letzteren handelt? An und für sich ja, weil sie nicht identisch ist mit der Muttergesellschaft. Wenn diese aber den größten Teil der Aktien besitzt, wo ist dann die Grenze zu ziehen?[8]) Eine Entscheidung wird nicht allein den Prozentsatz des Aktienbesitzes, sondern vor allem die wirtschaftlichen Verhältnisse des konkreten Falles berücksichtigen müssen.[9])

2. Selbständigkeit der juristischen Person. Die ältere Theorie und Praxis vertreten den Standpunkt, die Organe einer juristischen Person dürften keinesfalls von einem Dritten abhängig sein, der ihre Willensbildung entscheidend beeinflussen könnte.[10]) Die sog. „Knebelung" einer Gesellschaft durch eine andere im Besitze der Majorität ihrer Aktien befindliche Gesellschaft wurde als unzulässig erklärt. Die moderne wirtschaftliche Entwicklung aber hat dem Grundsatz der Vertragsfreiheit eine so extensive Interpretation gegeben, daß Verflechtungen juristischer

[7]) Haußmann, Tochtergesellschaft, S. 22 ff.

[8]) Die Frage ist sehr umstritten. Vgl. Horrwitz, S. 136; Haußmann, Tochtergesellschaft, S. 64; Flechtheim, Recht und Wirtschaft, S. 381; besonders eingehend unter Berücksichtigung der konzernrechtlichen Fragen derselbe in JW, Bd. 25, S. 564 ff.; Isay, in Kartellrundschau 1922, S. 202, 1924, S. 103; Friedländer, S. 294 ff.; derselbe in Zentralblatt für Handelsrecht 1926, S. 138; RG Bd. 103, S. 641, bejaht für die G. m. b. H. die Möglichkeit der Abstimmung mit Anteilen der Tochtergesellschaft, RG Bd. 108, S. 41, verneint dasselbe für die Aktiengesellschaft! Vgl. Brodmann, Anm. 6 zu § 47, G. m. b. H.-Gesetz, S. 188, ferner RG .Bd. 104, S. 130, Bd. 81, S. 40; ferner RG in JW 1924, S. 679; über die evtl. Interessenkollision zwischen Großaktionär und Gesellschaft und die Gefahr des Strohmännertums vgl. Goldschmidt in Zeitschr. für Gesellschaftswesen, 34. Jahrg., 1924, Heft, Art. „Aufsichtsratsmitglied kraft Auftrages".

[9]) Vgl. Rosendorff, S. 75; Friedländer, S. 171 ff. Über die Frage des Schutzes der Minderheitsaktionäre vgl. Goltzen, „der Mißbrauch der Konzerngewalt", Berliner Tageblatt 25. 3. 1925, wo ein Regreßrecht eventuell geschädigter Aktionäre gegen den Vorstand postuliert wird; ferner Pinner, Beiträge zum Aktienrecht (1918), S. 68.

[10]) RG Bd. 3, S. 123; RG Bd. 82, S. 308; deren Begründung und weitere Zitate bei Haußmann, Tochtergesellschaft, S. 30 f.; über öffentl.-rechtlichen Einschlag in der Beherrschung, ebendort, S. 42 f.

Formen, die früher als gegen die guten Sitten verstoßende Bindungen beurteilt wurden, heute ohne weiteres als zulässig erklärt werden. Die früher bestrittene[11]) Möglichkeit der *Einmanngesellschaft* unterliegt heute keinem Zweifel mehr.[12]) Es wird heute angenommen, daß die Bestellung und damit auch die Auswahl der Verwaltungsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder des Geschäftsführers einer G. m. b. H. einer außerhalb der Gesellschaft stehenden dritten Stelle übertragen werden könne.[13]) Damit ist allerdings noch keine grundsätzliche Abhängigkeit von der betreffenden Stelle gegeben, vor allem nicht, wenn den ordentlichen Organen ein Widerrufsrecht gewahrt bleibt, vielmehr wird die ernennende Stelle damit selbst zum Organ der Aktiengesellschaft, nämlich zu einem Kreationsorgan.[14]) Die Frage, ob die Vorstandsmitglieder als solche von einer derartigen dritten Stelle rechtlich abhängig sein können, d. h. ob die Verwaltungsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft deren Arbeitnehmer sind, wird von der heutigen Theorie und Praxis dagegen mit Recht verneint.[15])

[11]) Gierke, DPR I, S. 588, GTh, S. 838, sieht die Vereinigung aller Aktien in einer Hand als unbedingten Auflösungsgrund für die Aktiengesellschaft an, weil durch den Wegfall aller Mitglieder bis auf eines die Körperschaft und damit die gesetzlich umschriebene Rechtspersönlichkeit erlösche.

[12]) Bekker, Pand. I, S. 276; Cosack, S. 664; Renaud, S. 822; Pinner, a. a. O., S. 281; Makower (1901), S. 693; Brodmann, Aktiengesetz, Anm. 6 f. zu § 292; Staub-Hachenburg, § 60, Anm. 4; Haußmann, S. 148; derselbe, Tochtergesellschaft, S. 32; Friedländer, S. 121 ff. und dort zit. Lit.; derselbe in Zentralblatt für Handelsrecht I, 22 ff. und 134 ff., wo auch die Rechtsprechung zusammengestellt ist; BE Bd. 36, S. 552; Bd. 45 II, S. 36; Bd. 50 II, S. 175 ff.; vgl. U. Stampa, Sammlung von Entscheiden in Handelsregistersachen (Bern 1923), No. 107; dagegen Zeller, Anm. 3 zu Art. 664 OR.

[13]) Staub, Anm. 20 zu § 231 DH; Staub-Hachenburg, Komm. G. m. b. H.-Gesetz (4. Aufl.), Anm. 42 zu § 35; Fischer, in Ehrenbergs Handbuch III, S. 214; Haußmann, Tochtergesellschaft, S. 32; Friedländer, S. 70, S. 274/5; derselbe in JW 1923, S. 214; Dove, Bankarchiv, Bd. 19, S. 247; Bondi, in Festgabe für Liebmann, S. 283 f.; RG Bd. 82, S. 305 f.; dagegen: Flechtheim, Rechtliche Organisation der Kartelle, S. 57, der aber damit nur den Fall meint, da das Kreationsorgan nicht in den Statuten festgelegt ist, denn a. a. O., S. 58, folgt er der herrschenden Meinung.

[14]) Jellinek, S. 45 f.; Müller-Erzbach I, S. 261.

[15]) Horrwitz, S. 18; Titze, in Ehrenbergs Handbuch II, S. 549 f.; Kaskel, Arbeitsrecht, S. 34; Richter, Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, S. 18; Potthoff,

Die diesen Meinungsverschiedenheiten zugrunde liegende Frage ist die: Inwieweit kann eine Aktiengesellschaft von einer andern Person abhängig sein, ohne sich ihres Charakters als selbständige juristische Person zu entäußern, ohne daß ihre Organe also indirekt Organe einer andern Gesellschaft, deren Handlungen dieser letzteren zugerechnet werden?

Die moderne Wirtschaft mit ihrer auf Unternehmenszusammenfassung gerichteten Tendenz ist über viele rechtliche Bedenken hinweggegangen. Auf meist vertraglichem Wege hat sie sowohl durch *Koordination* (Konsortialvereinbarungen), wie auch durch *Subordination* (Pacht-, Betriebsüberlassungs-, Lohnverarbeitungsvertrag etc.) formell selbständige Rechtssubjekte miteinander verflochten.[16]) Diese Eingliederung der juristischen Person in eine höhere Einheit — *Interessengemeinschaft* —, ihre Verwendung als Organgesellschaft, die Verpachtung gesamter Unternehmungen haben eine das Recht immer stärker beeinflussende Lockerung des Begriffes der juristischen Person zur Folge. Die Wirtschaft begnügt sich mit einem Minimum von Pflichten und eigener Verantwortung, die eine juristische Person noch haben muß, um überhaupt als solche zu gelten,[17]) sie preßt sie in eine oft stärkere Abhängigkeit

Arbeitsrecht IX, S. 48, XIII, S. 63; Roeniger, Arbeitsrecht, S. 37; Kreller, Archiv für zivile Praxis, Bd. 122, S. 6; Schmidt-Rimpler, in Ehrenbergs Handbuch V, S. 25 f., fordert sogar ein dem öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnis nachgebildetes privatrechtliches Verhältnis, was bei Verwaltungsratsmitgliedern freilich kaum vorkommen dürfte; vgl. auch OLG Hamburg vom 19. VII. 1913.

[16]) Diese Formen von Verbindungen haben obligatorischen Charakter, im Gegensatz zu den dinglichen Zusammenfassungen, wozu nicht nur Kauf, Fusion, sondern auch z. B. Erwerb von Beteiligungen gehören. — Vgl. zu diesen Unternehmungszusammenfassungen Geiler, in Düringer-Hachenburg IV, S. 274 ff., 337 ff. und dort zit. Lit.; Haußmann, Unternehmenszusammenfassungen, S. 113 ff.; Friedländer, S. 149 ff., S. 182 ff., 219 ff. und dort zit. Lit.; Steuerrechtliches ebendort, S. 359 ff., 418 f., 422 ff.; derselbe, Juristische Person als Angestellte (1923), S. 13 ff.

[17]) Haußmann, S. 149; Flechtheim, Kartellrecht, S. 274, der unterscheidet, ob eine Gesellschaft sich einer andern unterwerfe oder sich in ihr nur ad hoc ein nach ihrem Willen tätig werdendes Organ schaffe, — verteidigt diese Entwicklung. Es verstoße nicht gegen die guten Sitten, wenn eine Gesellschaft nur zu dem Zwecke gegründet werde, nach Weisungen einer andern tätig zu sein. Obgleich dies prima facie als mit der Natur der juristischen Person unvereinbar erscheine, so bestehe eben das Wesen einer solchen „Dienstgesellschaft" in

als die, in der sich eine leibeigene physische Person befinden würde. Äußerlich ist eine Tochtergesellschaft freilich ein selbständiger Vermögensträger mit eigener Buchführung und eigenem Konkurs, innerlich aber ist sie schwer von der Muttergesellschaft zu scheiden.

Daß das Recht dieser Wirtschaftsentwicklung nur zögernd folgt, ist begreiflich. Die ersten Entscheidungen der Rechtsprechung lehnten solche vertragliche Bindungen und Beschränkungen der Selbständigkeit der juristischen Person als rechtlich unwirksam ab,[18]) und sind deshalb von der kartellrechtlichen Theorie mißbilligt worden, wenn auch aus verschiedenen Gründen.[19]) Es zeigt sich denn auch in der Rechtssprechung eine gewisse Zurücknahme dieser scharfen Ablehnung schon darin, daß die Möglichkeit der Beteiligung der juristischen Person an einer Handelsgesellschaft — wenigstens in Deutschland — trotz vielfach entschiedener Ablehnung von Seiten der Theorie höchstrichterlich anerkannt worden ist.[20]) Vor allem aber kann hier auf das wirtschaftlichen Erwägungen im allgemeinen rascher zugängliche Steuerrecht hingewiesen werden, wo die Möglichkeit abhängiger juristischer Personen heute allgemein anerkannt ist.[21])

dem Sich-Richten nach den Weisungen einer andern Gesellschaft, also sei es auch vereinbar mit den Pflichten ihrer Organe, diesem ihrem Daseinszweck dienstbar zu sein. — Über die Frage, ob die Organe solcher zusammengefaßter Unternehmungen rechtlich doch noch Mitglieder derselben bleiben, ob also z. B. das Kartellorgan zugleich Mitglied des Kartells ist, vgl. Flechtheim, Kartellrecht. S. 32, 247; Geiler, Gesellschaftl. Organisationsformen; Haußmann, S. 103.

[18]) RG Bd. III, S. 123; Bd. 82, S. 308 f.; vgl. die Entscheide bei Friedländer, S. 66/67.

[19]) Haußmann, S. 149 ff., wo auf den Wandel der Anschauungen hingewiesen wird; derselbe, Tochtergesellschaft, S. 30 f; Friedländer, S. 68 ff.; derselbe in JW, Bd. 52, S. 213 f.; Marquard, DJZtg., Bd. 27, S. 719; Flechtheim, Rechtliche Organisation der Kartelle, S. 56, 273; Tschierky, Kartell-Rundschau XI, S. 517 ff.

[20]) RG Bd. 105, S. 101.

[21]) Becker, Arbeitsrecht XI, S. 313, 643, XII, S. 303; Popitz, Umsatzsteuer, S. 146, der die Möglichkeit der Abhängigkeit für die Umsatzsteuer verneint, aber andeutet, daß die geforderte sog. objektive Selbständigkeit im Grunde nichts anderes sei als die Übertragung des Erfordernisses der subjektiven

Die aktienrechtlich und steuerrechtlich bestehenden Schranken werden bei geeigneter Handhabung Auswüchse immer verhindern können. Die Richtlinien aber der Rechtsentwicklung müssen elastisch sein, weil es auch die Wirtschaftsentwicklung auf diesem Gebiete ist.[22])

Auch von diesem hier nur kurz angedeuteten Standpunkt der neueren Forschung, wonach es innerhalb der juristischen Person zahlreiche Abstufungen gibt, gelangen wir also zu der schon früher geäußerten Überzeugung, daß das Problem der juristischen Person im wesentlichen formaler Natur ist, daß zwischen Personal- und Kapitalgesellschaften nicht der scharfe Schnitt gemacht werden kann, den die dualistische Auffassung vornimmt. Beide sind *Zweckeinheiten*, ob man sie als Vermögens- oder Haftungsgemeinschaften ansieht, relative Bindungen von verschiedener Intensität. Die Kelsen'sche Staatslehre und die neuere handelsrechtliche Wissenschaft sind von verschiedenen Ausgangspunkten her zum gleichen Ergebnis gelangt. Die erstere lehrt bei der Betrachtung des Wesens von Kommune, Staat und Staatenverbindung, daß der Unterschied zwischen Staatenbund und Bundesstaat, zwischen Selbstverwaltungskörper und Staat sich als ein relativer darstellt (Gesamtordnungen und Teilordnungen, Grad der Zentralisation und Dezentralisation),

Selbständigkeit auf die juristische Person; vgl. ferner die Entscheidungen bei Goltz, Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofes, S. 116 ff.; für die Umsatzsteuer spez. RFH vom 6. X. 1920, vom 5. XI. 1920, vom 28. XII. 1920, vom 28. XI. 1924, vom 14. XII. 1925; für die Körperschaftssteuer RFH vom 31. III. 1922. Über die sog. „Organtheorie" (aus spezifisch steuerlichen Gesichtspunkten kann die wirtschaftliche Abhängigkeit und Unselbständigkeit der juristischen Person eine spezifisch steuerrechtliche Bedeutung erhalten); vgl. Haußmann, Tochtergesellschaft, S. 77 f.; Friedländer, Juristische Person als Angestellte (1923), S. 13 f. — Vgl. ferner Rosendorff, S. 108 ud dort zit. Entscheide; Haußmann, S. 96, 193; derselbe in Mitteilungen des Reichsverbandes deutsch. Industrie (1925), S. 372; Friedländer, S. 97 ff.; derselbe in „Steuer und Wirtschaft" (1923), S. 993; Geiler, ebendort (1925), S. 1204; Becker, ebendort (1923), S. 1084; Kloß, Organgesellschaft und Umsatzsteuer in Deutsche Steuerzeitung (1924), S. 637, (1925), S. 799; Jacobi, die Umsatzsteuer der Konzerne, in Zeitschr. „die Unternehmung" (1925), S. 127; Blümich, Organgesellschaft und Körperschaftssteuergesetz, in deutsche Steuerzeitung (1925), S. 731.

[22]) Vgl. Jellinek, S. 270; Klein, S. 64; Wieland, S. 396; Schreiber, die Kommandit-A.-G., S. 14 ff.

die letztere neigt zu der Ansicht,[23]) daß es einen einheitlichen Begriff der Handelsgesellschaften gibt.

---

§ 9. Die Aktiengesellschaft in der Verwaltung.

I. Der Begriff der Verwaltung.

Es empfiehlt sich, vor der Untersuchung der eigentlichen Frage den Begriff der Verwaltung kurz zu erörtern.

Die Verwaltung ist, wie die Generalversammlung, ein notwendiges Organ der Aktiengesellschaft. Ihre Tätigkeit und Kompetenzen werden vom Gesetze charakterisiert (Art. 649/59 OR, § 231/42 DH, E Art. 703/19), ihr Wesen nur insoweit, als Art. 649 bestimmt, daß sie aus einer oder mehreren Personen sich zusammensetze, welche Aktionäre sein müssen. Mit der modernen Entwicklung der Kapitalgesellschaften, der zunehmenden Vielgestaltigkeit und Kompliziertheit ihrer Verwaltung ist der Begriff „Verwaltung" des Gesetzes immer unklarer geworden.[1])

Die Verwaltung hat den Willen der Generalversammlung zum Ausdruck zu bringen, ihr rechtliches Hauptcharakteristikum ist also sicher die Exekutive. Das Gesetz legt aber der Aktiengesellschaft bezüglich ihrer Organisation keine Schranken in den Weg, sondern gestattet ihr, sich statutarisch diejenige Verfassung zu geben, die sie als die ihr angemessene erachtet. Sehen die Gesellschaftsstatuten die Zweiteilung der Verwaltung in einen *Verwaltungsrat* und in eine geschäftsführende *Direktion* vor, so ist auch diese letztere Organ der Gesellschaft, sobald sie die früher erwähnten Merkmale des Organs aufweist.[2]) Der Direktor muß also

[23]) Wieland, a. a. O.

[1]) Vgl. Gagliano, gli amministratori delle società anonime (1894); Mori, l'amministrazione delle società anonime; Botschaft, S. 253; Huber, Bericht, S. 130; Prot. Exp. Komm., S. 360 f; Welti, S. 34; Wolfers, S. 12 f.; Zeller, Anm. 1 f. zu Art. 649 OR; BE 44 II, S. 37; 52 II, S. 360; über den Anteil der Generalversammlung an der Verwaltung, vgl. Dietler, S. 6 f.; Landolt, Beiträge zum Recht der Generalversammlung, Zürch. Diss. 1922.

[2]) Vgl. S. 48 f.

zunächst in den Statuten als Organ aufgeführt sein, ferner muß er selbständige Kompetenzen haben, nicht bloße Hilfsperson sein.[3]) Dabei ist es für das Verhältnis des geschäftsführenden Organes zur Gesellschaft grundsätzlich irrelevant, ob seine Stellung auf statutarischer Kompetenzausscheidung oder auf Delegation durch den Verwaltungsrat beruht. Geben die Statuten auf Grund von Art. 650 OR dem Verwaltungsrat die Kompetenz, nach seinem Ermessen eine Direktion zu errichten[4]) und schließt der Verwaltungsrat in Erfüllung dieses Mandates im Namen der Gesellschaft einen Vertrag mit dem Direktor ab, so erhält dieser zwar Kompetenzen, die vorher dem Verwaltungsrat zustanden. Selber aber tritt er in kein Vertragsverhältnis zum Verwaltungsrat, er wird der Gesellschaft direkt dienstverpflichtet, seine Rechtshandlungen werden ihr zugerechnet. Das Anstellungsverhältnis des Organträgers hat mit der Organqualität nichts zu tun.[5]) Nur so ergibt sich eine klare Stellung der Direktion und eine befriedigende Lösung der Verantwortlichkeitsfrage.

Wenn die Statuten einen Verwaltungsratsausschuß oder eine Direktion mit eigenen, statutarisch umschriebenen Kompetenzen schaffen, so sind diese Kompetenzen dem Verwaltungsrat entzogen. Hier zeigt sich also ein Unterschied zwischen denjenigen Organen, die statutarisch eigene Kompetenzen haben, und denen, die auf Grund einer allgemeinen Delegationsermächtigung des Verwaltungsrates geschaffen werden. Im ersteren Falle kann der Verwaltungsrat sich nicht einmischen, er kann nur Ratschläge erteilen, solange die Statuten nicht ausdrücklich die Direktion den Weisungen des

[3]) Egger, Anm. 9 zu Art. 55 ZGB; Blätter VII, S. 353 f.; BE 20, S. 1121; 44 II, S. 136, E 2 f.; 48 II, S. 6.; Siegmund, S. 71 f.; Jaeger, Anm. 10 zu § 65 SchKG.; über die gewohnheitsrechtliche Herausbildung der Organstellung der Direktion vgl. Egger, Anm. 31 zu Art. 1 ZGB.

[4]) Über die im wesentlichen den Regeln der Substitution unterliegenden Errichtung des Amtes eines „Delegierten des Verwaltungsrates" vgl. Wolfers, S. 53 f., S. 62 f.

[5]) Anderer Ansicht Zeller, Anm. 1 zu Art. 650 OR, wo Organstellung nur bei Wahl durch die Generalversammlung angenommen wird; ebenso Haberstich, S. 528; Welti, S. 82; Petitpierre, S. 114 f.; vgl. dagegen Dietler, S. 13; Wolfers, S. 75; Regelsberger, Beiträge zur Lehre von der Haftung der Behörden und Beamten der Aktiengesellschaft, S. 16; BE 14, S. 694 f.

Verwaltungsrates unterstellen, was in praxi häufig der Fall ist. Wenn trotz dieser Subordinierung unter den Verwaltungsrat, trotz der stillschweigend im Gesetz enthaltenen Aufsichtspflicht desselben[6]) und seinem Recht auf Einsichtnahme und Auskunft[7]) der Direktor als selbständiges Organ und nicht als Hilfsperson aufgefaßt werden kann, so liegt das daran, daß alle Selbständigkeit der Organe nur relativ ist. Auch der Verwaltungsrat steht ja unter der Aufsicht der Generalversammlung, auch der Vorstand des deutschen Rechtes unter der Kontrolle des Aufsichtsrates. Trotzdem sind sie selbständige Organe. Wo aber der Direktor durch Delegation selbständiger Kompetenzen Organträger ist, da geht auch ein Teil der Verantwortung für die Verwaltung auf ihn über. Er haftet nach Art. 673/74 OR (§ 204, 241/42, 249 DH; E Art. 712/13) für die sorgfältige Erfüllung der ihm persönlich obliegenden Pflichten. Wie eine Hilfsperson, aber nach aktienrechtlichen Haftungsbestimmungen, ist der Direktor auch für seine unselbständige Tätigkeit verantwortlich, bei Ausführung von Weisungen des Verwaltungsrates z. B. durch Verletzung der Gehorsams-, Prüfungs- oder Sorgfaltspflicht.[8]) Der Verwaltungsrat selber bleibt verantwortlich innerhalb seiner eigenen Kompetenzen, vor allem für seine Beschlüsse in wichtigen Verwaltungsangelegenheiten. Ferner haftet er für culpa in eligendo et instruendo, ersteres freilich nur dann, wenn die Bestellung der Direktion ihm übertragen war. Am wichtigsten aber bleibt für seine Haftung die ihm obliegende Aufsichtspflicht.

Wir gelangen also zu dem Schlusse, daß wenn das Gesetz in

[6]) Die Literatur nimmt die Aufsichtspflicht des Verwaltungsrates als selbstverständlich an. Ausführliche Begründung in SJZ, Bd. 10, S. 326 f. (II. App. Kammer vom 1. 11. 1913 in Sachen Wüst & Cons.).

[7]) Vgl. Hilty, über Statuten von Aktiengesellschaften nach dem OR, Art. 16. — Gemäß manchen Statuten (z. B. Schweiz. Kreditanstalt, Schweiz. Bankverein, Maggi-Werke) hält sich der Verwaltungsrat durch Inspektionsrapporte eines informierenden sachverständigen Zwischengliedes über die Geschäftsführung ständig auf dem Laufenden; vgl. Solmssen, S. 94, wo die ganz analoge Praxis auch für den deutschen Aufsichtsrat erwähnt wird.

[8]) Abweichend BE 34 II, S. 498, wo auch ausgeführt wird, daß der Direktor, der unter der Aufsicht eines Direktionskomitees steht, dessen vorbereitendes und ausführendes Organ er ist, nicht Verwaltungsorgan sei.

Art. 673/4 OR von den „mit der Verwaltung betrauten Personen" spricht, sich der Umfang dieses Personenkreises aus der Tätigkeit des Verwaltens von selbst ergibt. Keinen Widerspruch dagegen enthält die Bestimmung von Art. 649 OR: „Die Verwaltung kann nur von Aktionären ausgeübt werden", während doch nach Art. 650 OR die Geschäftsführung auch Nichtaktionären übertragen werden kann. Art. 649 OR sagt nur, daß das notwendige gesetzliche Organ, dem die wichtigsten Funktionen unübertragbar zugewiesen sind, nur aus Aktionären gebildet werden darf. Wenn wir also im folgenden vom Verwaltungsrat als von dem primären Organ der gesetzlichen „Verwaltung" sprechen, so vergessen wir nicht, daß bei fast allen größeren Aktiengesellschaften weitere statutarische Organe sich vorfinden können, welche ebenfalls unter diesen Oberbegriff „Verwaltung" fallen.

Die rechtlich einfache Konstruktion der Verwaltung durch das OR sieht aber in der Praxis wesentlich anders aus. Dadurch, daß das Gesetz nur von einem einzigen Verwaltungsorgan spricht, ein eigenes sachkundiges Organ für die Geschäftsführung nicht vorsieht und keine Ausscheidung der Kompetenzen vornimmt zwischen den Personen, die im Unternehmen beruflich ihre Hauptbeschäftigung, und denen, die in ihm nur ihre Nebenbeschäftigung finden, dadurch werden dem Verwaltungsrat Pflichten aufgeladen, deren Erfüllung von ihm gar nicht ernstlich verlangt wird. Die wirkliche kommerzielle, technische und rechtsgeschäftliche Leitung des Unternehmens liegt praktisch in den Händen der Direktion, die damit eine ähnliche Stellung wie der Vorstand des DH erhält.

Diese Tatsache erklärt auch die analoge Rolle, welche in den großen Kapitalgesellschaften der *deutsche* Aufsichtsrat und der *schweizerische* Verwaltungsrat spielen. Obschon beide grundsätzlich von verschiedener rechtlicher Basis ausgegangen sind, der Aufsichtsrat juristisch als Kontrollstelle gedacht war, — was die deutsche Novelle von 1884 noch besonders hervorhob[9]) — und

[9]) Gareis, Anhang zum Aktienrecht, S. 53: „Da das überwachende Organ nicht zugleich verwaltendes und darum selbst zu kontrollierendes Gesellschaftsorgan sein kann, so muß daran festgehalten werden, daß der Aufsichtsrat nicht in den Verwaltungsrat hineingezogen, nicht Verwaltung werden darf.

der Verwaltungsrat als Exekutivorgan der Gesellschaft, so sind beide statutarisch und vor allem in praxi mehr und mehr zu einem beratenden und in dem Sinn kontrollierenden Organ geworden, daß sie nur noch die höhere Verwaltung in Händen haben, die allgemeinen finanziellen und wirtschaftlichen Richtlinien der Aktiengesellschaft bestimmen und deren Innehaltung beaufsichtigen. Nicht zuletzt wurde diese Entwicklung gefördert durch die Zusammensetzung der Verwaltungsratskollegien, die das moderne Wirtschaftsleben zwangsläufig den Aktiengesellschaften vorschreibt.[10]) Ebenso wie man früher gefunden hatte, daß eine Verwaltung ohne gründliche, unabhängige Kontrolle nicht vom Guten sei, so machte die Praxis die Erfahrung, daß eine tiefgehende Kontrolle ohne Teilnahme an der Verwaltung sich nicht durchführen lasse. Beide Funktionen greifen unmittelbar ineinander ein. Wenn eine konsequente und durchgreifende Scheidung der Gewalten juristisch auch wünschenswert sein mag, weil sie die Rechtsverhältnisse außerordentlich vereinfachen würde, so könnte eine der Verwaltung völlig fernstehende Kontrolle zwar die formelle Geschäfts- und Buchführung prüfen, kaum aber z. B. Mißgriffen oder betrügerischen Handlungen des Vorstandes rechtzeitig vorbeugen. Die Motive zum Entwurf einer deutschen Aktiennovelle sagen ausdrücklich (S. 217): „Ein Organ, das selbst an der Verwaltung teilnimmt, kann diese auch leichter materiell kontrollieren." So hat denn nach dem DH von 1897 auch der Aufsichtsrat neben der Kontrolle des Vorstandes eine ganze Reihe von Verwaltungsbefugnissen: Prüfung und Berichterstattung bei der Gründung (§ 192/93, § 196 DH) und Nachgründung (§ 207 DH), Einberufung der Generalversammlung (§ 246, § 254 DH), Anmeldung der Gesellschaft (§ 195 DH) und der Erhöhung des Grundkapitals (§ 280, § 284 DH), Abordnung von Aufsichtsratsmitgliedern in den Vorstand (§ 248 DH), Rechtsgeschäfte und Prozeßführung mit Mitgliedern desselben (§ 242 DH), Bestimmungen über Vertretungsmacht (§ 232 DH) und Konkurrenzgeschäfte von Vorstandsmitgliedern (§ 236 DH), Genehmigung der Prokuraerteilung (§ 238 DH), Vertretung der Gesellschaft im Anfechtungsstreit (§ 271 DH), Klage auf Ungültig-

[10]) Vgl. S. 148.

erklärung von Beschlüssen (§ 271 DH) und Nichtigkeit der Gesellschaft (§ 309 DH), Antrag auf Bestellung und Rückberufung von Liquidatoren (§ 295 DH), wobei einige dieser Rechte und Pflichten allerdings nur bestimmten Mitgliedern des Aufsichtsrates zustehen. Meist stehen aber die gesetzlichen Befugnisse weit hinter den statutarischen zurück, welche den Aufsichtsrat noch stärker dem Verwaltungsrat des OR annähern, ihm vor allem die Ernennung des Vorstandes („Direktion") und die Genehmigung aller wichtigen Geschäfte übertragen.[11]) Die Wandlung der modernen Wirtschaftsgesellschaft zum Großunternehmen hat zwar die Bedeutung von Verwaltungs- bezw. Aufsichtsrat demnach verändert, ihre Bedeutung aber eher gesteigert als gemindert.

Der praktische Unterschied zwischen dem Verwaltungsrat des schweizerischen und dem Aufsichtsrat des deutschen Rechtes liegt also zur Hauptsache darin, daß nach dem ersteren der oder die Direktoren Mitglieder des Verwaltungsrates sein können, während nach § 248, Abs. 1 DH eine solche Personalunion zwischen Aufsichtsrat und Vorstand unzulässig ist. Die Untersuchung der Frage, ob eine Aktiengesellschaft als solche Mitglied des Verwaltungsrates sein kann, wird demnach infolge der Analogien zwischen Verwaltungsrat und Aufsichtsrat zu einem für beide Institute geltenden Resultat zu gelangen vermögen.

Vergegenwärtigen wir uns endlich noch kurz die rechtliche Stellung der Mitglieder des Verwaltungsrates ihrer Gesellschaft gegenüber. Obwohl die Generalversammlung als oberstes gesetzliches Organ die Verwaltung wählt, so hat diese als notwendiges Organ doch ein eigenes, nicht von der Macht der Generalversammlung abgeleitetes Recht. Ihre Stellung beruht auf dem Gesetz. Daher hat man die Verwaltung und ihre Mitglieder bald als *Man-*

[11]) Brodmann, Aktiengesetz, Anm. 1c zu § 231 und Anm. 5 zu § 246 DH; vgl. Rathenau S. 7, 12; Solmssen, S. 89, 93 f.; Allgemeines und geschichtliche Entwicklung des Aufsichtsrates bei Lehmann, Geschichtl. Entwicklung des Aktienrechtes, S. 65; Recht der Aktiengesellschaft II, S. 336; vgl. die S. 121, Anm. 4 zit. Literatur; ferner Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von Fritz Stier-Somlo und A. Elster, 1926, Artikel „Aufsichtsrat"; Passow, S. 400 ff., 387 ff., 433 ff.; vgl. Alexander, in Goldschmidt's Zeitschr., NF, Bd. 25, S. 89; Dietler, S. 10 ff., 34 ff. und bei Höeland, die Organe der Aktiengesellschaften, Jena 1886, S. 23 ff.; Verhdlg. d. Schweiz. Juristenvereins 1904.

datare der Gesellschaft,[12]) bald als *Behörde* aufgefaßt,[13]) d. h. als ein Gebilde des öffentlichen Rechts, eine im Interesse der Gesamtheit oder eines nicht individualisierten Personenkreises ernannte und mit der Wahrung der Interessen desselben betraute Person oder Personenmehrheit. Eine dritte Auffassung erklärt, die Verwaltungsratsmitglieder stünden in einem halböffentlich, halb privatrechtlichem *contractus sui generis* zur Gesellschaft,[14]) ähnlich dem römisch-rechtlichen contractus emphyteuticarius.

Ein früherer Entscheid des Reichsoberhandelsgerichtes endlich lehnte die Mandatstheorie ab[15]) und sprach der Stellung des Aufsichtsratsmitgliedes den Charakter eines gesellschaftlichen Vorrechtes zu, analog dem Geschäftsführungsrecht eines Kollektivgesellschafters.

Obwohl im Aktienrecht eine ganze Anzahl von Rechten und Pflichten der Mitglieder der Verwaltung speziell geregelt sind (Widerruf, Delegation Art. 647, 650 OR, Vertretungsmacht Art. 651, Verantwortlichkeit Art. 671 f.), so ist doch die analoge Herübernahme von Bestimmungen des Auftrages unerläßlich zur Festsetzung der Sorgfaltspflicht, der Entschädigung bei Rücktritt, der Amtsniederlegung, der Substitution, der Vergütung u. s. w. Eine nähere Untersuchung ergibt, daß die Bestimmungen des Mandates als für die Verwaltung geltend aufgefaßt werden können. Ein Dienstvertrag setzt eine auf die Dauer berechnete festbezahlte Anstellung voraus. Dies letztere ist beim Verwaltungsratsmitglied nicht der Fall. Die Tantième ist keineswegs ein essentiale des Ver-

[12]) Wolfers, S. 31 f.; Petitpierre, S. 29/30; Welti, S. 45; Dietler, S. 68 f. und die dort geäußerten Bedenken gegen diese Auffassung, S. 89; vgl. codice di commercio, Art. 121 „La società anonima è amministrata da uno o più mandatari temporanei, rivocabili, socii o non socii". Art. 122 „Sono però soggiati alla responsabilità dell'esecuzione dell mandato". Ebenso Art. 185 für den Aufsichtsrat (sindaci). Weniger deutlich Art. 654, Abs. 1 OR.

[13]) Renaud, das Recht der Aktiengesellschaften (2. Aufl.), S. 528; Hoeland, a. a. O., S. 88; dagegen Regelsberger, Pand. I, S. 17.

[14]) Bekker, Pand. S. 642, der zum Vergleich auf die Direktion einer Stiftung hinweist; Dietler, S. 83 f.

[15]) ROHG vom 27. IV. 1875, Bd. 17, S. 111. Dieser Entscheid war nur möglich, weil damals nach dem deutschen Recht die Wählbarkeit an die Aktionäreigenschaft gebunden war.

trages, sie ist nur die Regel. Der Rechtsbegriff des Mandates aber schließt eine Honorierung des Mandatars nicht aus (vgl. Art. 394 OR). Ein Anteil am Geschäftsergebnis entspricht sogar dem Mandat, weil er das Interesse des Mandanten am Geschäftserfolg zum Eigeninteresse des Mandatars macht. Übertragung und Annahme eines Mandates bezwecken die Besorgung der Geschäfte im Interesse eines Andern. Das Gedeihen des Unternehmens soll für die Verwaltungsräte in erster Linie maßgebend sein. Ihr Amt ist eine Vertrauensstellung, die Übernahme einer Interessenvertretung. Der Mandatar nimmt eine höhere Stellung ein als ein bloßer Dienstpflichtiger. Dies liegt dem Begriff des Mandates zugrunde und gilt auch für den Verwaltungsrat.

Ob man die Bestellung zum Mitglied des Verwaltungsrates als privatrechtlichen obligatorischen Vertrag[16]) oder als einen eigentümlichen sozialrechtlichen Kreationsakt[17]) auffaßt, ist für den Mandatscharakter der Bestellung irrelevant. Der Inhalt des Mandates ist festgelegt durch das Gesetz und die Statuten, durch letztere entweder ausdrücklich oder implicite durch Angabe des Gesellschaftszweckes. Die Verantwortlichkeit der Verwaltung gegenüber der Gesellschaft nach Art. 673 OR unterscheidet sich nicht wesentlich von den Haftungsgrundsätzen des Mandats (Art. 398 OR).

II. Die Aktiengesellschaft in der Verwaltung.

1. Die rechtliche Möglichkeit. Wenden wir uns nunmehr der Frage zu, ob auch eine juristische Person, in unserem Falle eine Aktiengesellschaft, in die Verwaltung bezw. zum Vorstand einer Handelsgesellschaft gewählt werden kann. Die herrschende Meinung spricht sich entschieden gegen diese Möglichkeit aus. Der Aktiengesellschaft insbesondere wird die passive Wahlfähigkeit abgesprochen. Meist gilt dies als so selbstverständlich, daß nicht einmal eine Begründung dieser Ansicht gegeben wird.

[16]) Bekker, in Goldschmidt's Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht (1872), S. 418; Dietler, S. 31; Wolfers, S. 24; Welti, S. 39.

[17]) Renaud, S. 528.

Aus dem Bericht der Reichstagskommission zur Beratung des Deutschen Handelsgesetzbuches von 1884 geht hervor, daß ein Antrag, der ausdrücklich nur physische Personen als Aufsichtsratsmitglieder zulassen wollte, „weil die Praxis in dieser Beziehung schwankend sei", zurückgezogen wurde, da sein Inhalt nach einstimmiger Ansicht selbstverständlich, die Zulassung von Firmen in den Aufsichtsrat ausgeschlossen sei.[18])

Das schweizerische Obligationenrecht läßt die Frage unentschieden. In den Beratungen der Expertenkommission zur Revision der Titel 24—33 des OR vom 15. April 1925 wurde nur die Frage der Zulässigkeit juristischer Personen als Liquidationsorgane gestreift.[19]) Einzig das Liechtensteinische ZGB hat die Möglichkeit, Firmen in die Verwaltung anderer Gesellschaften zu wählen, ausdrücklich anerkannt.[20])

Einige Zitate mögen die in der Literatur vertretenen Ansichten wiedergeben. Die ältere Theorie begründet ihre ablehnende Haltung mit noch von der Fiktionstheorie beeinflußten Hinweisen auf die Handlungsunfähigkeit der juristischen Person. v. Völderndorff sagt[21]): „Der Natur der Sache gemäß aber ist die Wahl auf physische Personen beschränkt; denn gerade weil die Aktiengesellschaft als ein nicht physisches Rechtssubjekt nicht handeln kann, muß sie ihre Gesellschaftsorgane haben, und man kann also diesen Mangel an Handlungsfähigkeit nicht wieder durch Aufstellen eines selbst handlungsunfähigen Stellvertreters verbessern." Zum gleichen Ergebnis kommen Stier-Somlo,[22]), „weil das Aufsichtsratsmitglied unmittelbar und persönlich handeln muß, die juristische Person aber hierzu nicht in der Lage ist, sondern der

[18]) Vgl. Bericht der Reichstagskommission von 1884 in 5. Leg. IV, No. 128, S. 20; Entscheid des Appellationsgerichtshofes Köln vom 4. Nov. 1875.

[19]) Prot. Exp. Komm., S. 411.

[20]) Art. 111, Abs. 1, „Als Mitglied eines Organs können sowohl natürliche Personen als auch Verbandspersonen und Firmen bestellt werden." — Art. 180, „Jede Verbandsperson muß eine Verwaltung (Vorstand, Geschäftsführung und dergl.) haben, die, soweit es nicht anders bestimmt ist, aus einer oder mehreren natürlichen oder juristischen Personen oder Firmen bestehen kann". Vgl. auch Art. 344 und Art. 654, Abs. 1.

[21]) Aktiengesetz v. 1884, Art. 224, Erl. II, S. 592.

[22]) Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft (1905), S. 23.

Vertretung bedarf" und Ring,[23]) mit der Begründung, daß „mit Rücksicht auf die zivilrechtliche Verantwortlichkeit und die strafrechtliche Haftung" der Aufsichtsratsmitglieder nur physische Personen als solche in Betracht kommen.

Die neuere Literatur motiviert ihre Ablehnung weniger mit der Handlungsunfähigkeit der juristischen Person als mit dem Hinweis auf den Vertrauenscharakter des Verwaltungs- bezw. Aufsichtsratsmandates. Fischer[24]) bestreitet, daß juristische Personen Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder sein können, „weil diese Posten Vertrauensposten sind und deshalb keine wie immer geartete Vertretbarkeit zulassen". Dasselbe Argument führt Cahn[25]) an: „Das Gesetz hat auf die persönliche Pflichterfüllung so hohen Wert gelegt, zwischen der Aktiengesellschaft und dem Aufsichtsratsmitglied sind so viele Fäden persönlichen Vertrauens gesponnen, daß die Anstellung einer juristischen Person dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechen kann." Auch Lehmann[26]) äußert Bedenken, an die Stelle des konkreten Individuums, zu dem man Vertrauen hat, eine farblose Geldmacht mit wechselnden Organen zu setzen. Er erwägt aber die Möglichkeit, ein Aufsichtsratsmitglied unter Bezugnahme auf seine Eigenschaft als „Vertreter" einer Handelsgesellschaft zu wählen, welch' letztere dann für seine Verbindlichkeiten als Aufsichtsratsmitglied unbedingt zu haften hätte.

Die Kommentare begnügen sich meist entweder mit der Bemerkung, daß nur die physische Person Mitglied der Verwaltung sein könne,[27]) unter Hinweis auf die herrschende Meinung[28]) oder

[23]) In Lehmann's Komm. (1878), Anm. 2 zu § 243 DH.

[24]) In Ehrenbergs Handbuch, Bd. 3, 1. Abtlg., S. 213/4 und S. 239.

[25]) Der Aufsichtsrat (Leipzig 1907), S. 68; ebenso Küntzel, Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft (Leipzig 1904), S. 14.

[26]) In Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages 1912, Bd. I, S. 539.

[27]) Hafner, S. 5, Anm. 4; Zeller, Anm. 3 zu Art. 649 OR; Brodmann, G. m. b. H.-Gesetz, Anm. 1 zu § 6; Parisius-Crüger-Crecelius, Genossenschaftsgesetz, Anm. 6 zu § 9, 5 zu § 15, 2 zu § 36; ebenso ohne weitere Begründung Welti, S. 53; Hausmann, Unternehmenszusammenfassungen, S. 116; Egger, zur Rev. d. Schweiz. Aktienrechtes, S. 44.

[28]) Lehmann, Handelsrecht (1912), S. 434, Anm. 3; Wiedemann, S. 333, Anm. 6.

auf die ratio des Gesetzes, die mit der Statuierung der Überwachungspflicht und der unter Strafschutz gestellten Verantwortung deutlich nur physische Personen als Mitglieder des Aufsichtsrates gewollt haben.[29]) Mit sehr scharfen Worten wendet sich Brodmann[30]) gegen den „Syllogismus", in die Verwaltung einer Aktiengesellschaft auch juristische Personen zu wählen, weil diese zwar wie die physischen Personen Mandatare sein, einen Dienstvertrag eingehen, Vermögen und Schulden haben könnten, aber gar keine moralischen Qualitäten besäßen. Die juristische Person „ist natürlich nicht unmoralisch, aber sie ist ethisch ganz indifferent. Wenigstens von den weniger oder mehr künstlichen juristischen Personen des Privatrechts gilt das. Sie ist ethisch absolut farblos und für das Recht da unbrauchbar, wo es diesem gerade auf das Ethische in der Person ankommt, wie das beim Aufsichtsrat und seinen Funktionen der Fall ist". Nach Brodmanns Auffassung „sind die Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder derart, daß diese sich in ihrer Erfüllung vielleicht nicht einmal in beschränkter Weise, aber keinesfalls ganz allgemein durch Bevollmächtigte vertreten lassen können. Außerdem aber und vor allem: der Aufsichtsrat — sowohl im ganzen wie in jedem seiner Mitglieder — soll eben nicht, darf nicht die Interessen eines einzelnen Gläubigers der Gesellschaft wahrnehmen".

Passow[31]) erwähnt, daß in Deutschland früher oft Firmen in die Verwaltung der Aktiengesellschaft gewählt wurden, wobei man es diesen überlassen hätte, welchen ihrer Leiter sie zu den Sitzungen des Aufsichtsrates entsenden wollten. Er kommt aber zu dem weiter nicht begründeten Ergebnis, daß diese Praxis „nach dem heute geltenden deutschen Recht nicht mehr möglich ist".

Auch Bondi,[32]) obwohl er die Bestellung juristischer Personen zu Liquidatoren als „wirtschaftliches Bedürfnis" hinnimmt, lehnt die logische Konsequenz ab, sie auch als in die Verwaltung

[29]) Staub, Anm. 5 zu § 182, 10 zu § 231, 4 zu § 243 DH; Staub-Pisko, Ausgabe für Österreich, § 4 zu Art. 225; Makower, Anm. IIb zu § 243 DH.

[30]) Aktiengesetz, Anm. 2c zu § 243 DH; vgl. auch Anm. 3b, c zu § 182, Anm. 4a zu § 231 DH.

[31]) S. 410.

[32]) In Zentralblatt für Handelsrecht, Februar 1929, S. 36.

wählbar zu erklären, weil dies unvereinbar sei mit der wirtschaftlichen Bedeutung und der Wahrheit des Handelsregisters. Er anerkennt aber, daß die juristische Person Mitglied eines Vereins, einer Stiftung oder einer öffentlich-rechtlichen Korporation sein könne,[33]) weil hier der Registereintrag eine „wirtschaftlich ganz andere Bedeutung hat". Ferner kann die juristische Person Mitglied eines nicht vom Gesetze vorgeschriebenen Aufsichtsrates sein (z. B. bei der G. m. b. H.).

Nicht unbedingt ablehnend verhält sich Siegmund.[34]) Er bezeichnet aber den Fall, daß eine „aktienbesitzende Gesellschaft als solche zum Mitglied der Verwaltung gewählt würde, ... als zu sehr außer der Wahrscheinlichkeit liegend, als daß er eingehender besprochen werden müßte".

Die wenigen Autoren, die entgegen der herrschenden Meinung die Wahl juristischer Personen in die Verwaltung der Aktiengesellschaft für zulässig erklären wollen,[35]) rechtfertigen ihre Auffassung alle mit denselben meist wirtschaftlichen Gründen. Einerseits dränge die moderne Wirtschaftsentwicklung mehr und mehr auf Gleichstellung von physischer und juristischer Person, setze „an Stelle der Schätzung der Einzelpersönlichkeit die Abwägung der wirtschaftlichen Interessen".[36]) Dieses sei heute unzweifelhaft am stärksten bei den großen Gesellschaften des Handelsrechtes, es sei deshalb nur eine Klarstellung wirtschaftlicher Verhältnisse, wenn man die an einer andern Gesellschaft beteiligte juristische Person auch in den Verwaltungsrat derselben wähle.[37])

Dies ist denn auch der entscheidende Grund, der uns die Zu-

[33]) Vgl. Wertheimer, S. 93.

[34]) S. 234, Anm. 3.

[35]) Goldschmidt, die Aktiengesellschaft, Anm. 20 zu § 231, Anm. 1 zu § 210, Anm. 12 zu § 243 DH; derselbe, Recht des Aufsichtsrates (Berlin 1922), S. 52; Simon, in LZ 1908, S. 1; Fürst und Düringer, ebendort, S. 365 und 367; Friedländer, S. 281; Feine, S. 473 und 559 für die G. m. b. H.

[36]) Fürst, a. a. O. E. Wolf, in „Die schweiz. Aktiengesellschaft", Okt. 1929, S. 21.

[37]) Friedländer, Simon, a. a. O. Auch die französische Doktrin ist dieser Ansicht, vgl. Houpin-Bosvieux, „Traité générale théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations", 5. Aufl., Bd. 2, S. 175, No. 843.

lassung juristischer Personen in die Verwaltung der Aktiengesellschaft als wünschbar erscheinen läßt: daß durch die Anerkennung dieser Möglichkeit Rechtslage und tatsächliche Handhabung in Übereinstimmung gebracht würden. Denn weitgehend werden heute nicht die betreffenden Einzelpersönlichkeiten, sondern die Vertreter einer bestimmten Gesellschaft in die Verwaltungsräte gewählt. Bevor wir aber auf diese Praxis, deren Folgen und die sich daraus ergebenden Forderungen zu sprechen kommen, ist es nötig, die rechtliche Möglichkeit der Wahl juristischer Personen in die Verwaltung einer Aktiengesellschaft zu untersuchen.

Vorerst sei festgestellt, daß keine Gesetzesbestimmung weder des *schweizerischen* noch des *deutschen* Rechtes diese Möglichkeit zum vornherein ausschließt. Die Auslegung der Reichstagskommission und das Schweigen der schweizerischen Expertenkommission zu dieser Frage sind nicht bindend, sie haben nur den Charakter von logischen Urteilen oder von individuellen Ansichten. Auch aus den gemäß dem Bundesratsbeschluß vom 8. Juli 1919 „betr. Änderung und Ergänzung des schweizerischen Obligationenrechtes in bezug auf Aktiengesellschaften" dem Art. 649 OR neu hinzugefügten Absätzen 5—7,[38]) die auch von der ständerätlichen Kommission für die Revision des Obligationenrechtes in den Beratungen vom 15./18. April 1929 ausdrücklich gebilligt wurden, darf nicht abgeleitet werden, daß nur physische Personen in die Verwaltung wählbar sind. Obwohl man im internationalen Privatrechte ebenfalls von der Staatszugehörigkeit der juristischen Personen spricht, so werden mit dem Begriff des Bürgerrechtes im allgemeinen freilich Begriffe wie aktives und passives Wahlrecht, Wehrpflicht und andere nur physischen Personen zustehende Rechte und Pflichten in Verbindung gebracht. Der Zweck der Bestimmungen des Art. 649 OR geht aber lediglich dahin, bei den schweizerischen Aktiengesellschaften ein Vorherrschen des ausländischen

[38]) „Besteht die Verwaltung aus einem Mitglied, so muß dieses ein in der Schweiz wohnender Schweizerbürger sein." — „Besteht die Verwaltung aus mehr als einem Mitglied, so muß die Mehrheit der Mitglieder aus in der Schweiz wohnenden Schweizerbürgern zusammengesetzt sein". — „Von den in der Verwaltung vorhandenen Schweizerbürgern muß mindestens einer Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft haben".

Elementes in der Verwaltung und in der Vertretung nach außen auszuschließen. Den Erfordernissen des Art. 649 OR kann auch eine aus juristischen Personen zusammengesetzte Verwaltung genügen. Als schweizerische Mitglieder derselben sind allerdings nur solche juristische Personen anzusehen, die selbst den Nationalitätserfordernissen der Zusätze zu Art. 649 entsprechen. Der gewöhnliche Nationalitätsbegriff, wonach eine juristische Person dann als schweizerische angesehen ist, wenn sie ihren statutarischen Sitz in der Schweiz hat,[39]) würde der ratio des Art. 649 OR nicht gerecht werden.

Das geltende Recht steht also einer erneuten Untersuchung der Frage der Wählbarkeit juristischer Personen in die Verwaltung nicht entgegen. Eine solche Untersuchung ist umso eher am Platze, als die deutsche Praxis vor 1884 schwankend war und in der Schweiz die Wahl von Firmen in den Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften vom Eidgenössischen Handelsregisteramt und von einigen kantonalen Handelsregisterbehörden als zulässig erklärt worden ist.[40])

Jeder Aktionär ist grundsätzlich in den Verwaltungsrat wählbar. Die Gleichberechtigung aller Aktien ist ein Fundamentalsatz des Aktienrechtes. Jede Abweichung von diesem Grundsatz muß statutarisch oder durch Generalversammlungsbeschluß sanktioniert werden (E Art. 653, § 185 DH). Daß die juristische Person Aktien erwerben kann, ist unbestritten.[41]) Ihr das u. U. wichtigste Gesellschafterrecht, die passive Wählbarkeit in den Verwaltungsrat abzusprechen, ohne daß das Gesetz etwas davon sagt, ist mit dieser begrifflichen Gleichstellung aller Aktionäre logisch unvereinbar.

[39]) Rossel, Manuel du droit civil suisse, Nr. 182 und 192; vgl. Bischoff, S. 21 f. und dort zit. Entscheide; Wolf, S. 20; BE 54 II, S. 271.

[40]) Vgl. Bericht der Reichtagskommission und Passow, a. a. O.; Schweiz. Handelsamtsblatt sub Genf, No. 36, S. 269, vom 13. 2. 1926, bezgl. der „Raffineries réunies d'huiles et graisses végétables", bei denen die „Etablissements Rocca, Tassy et de Roux" in Marseille als juristische Person des französischen Rechtes die Stellung des Verwaltungsratspräsidenten einnehmen. — Ferner Nr. 128, S. 1165, vom 5. 6. 1929, betr. Wahl der „Société Fiduciaire et de Représentations S. A.", Plainpalais, in den Verwaltungsrat von drei Aktiengesellschaften in Genf.

[41]) Vgl. S. 112 und S. 123.

Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person ist grundsätzlich dieselbe wie diejenige der physischen Person.[42]) Auch die erstere kann unbestritten Mandatar sein, also in demjenigen Rechtsverhältnis stehen, durch welches die Stellung des Verwaltungsratsmitgliedes der Gesellschaft gegenüber charakterisiert wird.

Der Einwand der Handlungsunfähigkeit der juristischen Person[43]) ist unvereinbar mit dem auf S. 28 ff. erörterten Begriff derselben als des Zurechnungspunktes, der Personifikation aller Organhandlungen. Überdies ist logisch nicht recht einzusehen, weshalb ihre behauptete Handlungsunfähigkeit der Haupteinwand gegen die Zulassung der juristischen Person in den Verwaltungsrat sein soll, wenn unmittelbar danach gesagt wird, daß Minderjährige, Strafunmündige, beschränkt Geschäftsfähige in den Verwaltungsrat wählbar seien.[44])

Ein „persönliches" Handeln findet auch bei der Wahl einer juristischen Person in den Verwaltungsrat statt. Schließlich handelt ja faktisch immer die physische Person, nur tut sie es rechtlich in diesem Falle nicht in ihrem eigenen Namen, sondern in ihrer Eigenschaft als Organ. Die juristische so wenig wie die physische Person kann die Ausübung ihrer Verwaltungsgeschäfte an bevollmächtigte Dritte übertragen. Sie selbst, nicht ein „anderer" tritt als rechtlich handelndes Verwaltungsmitglied auf, weil sie eben Zurechnungspunkt ist für die Rechtsakte ihrer Organe.

Was die Tätigkeit der in den Verwaltungsrat gewählten juristischen Person anbelangt, kann auf die in § 5 gemachten Ausführungen verwiesen werden. Die Tätigkeit des Verwaltungsratsmitgliedes steht rechtsinhaltlich hinter derjenigen des geschäftsführenden Kollektivgesellschafters zurück. Wie die ju-

[42]) Vgl. auch für das folgende S. 36 ff.

[43]) S. 139, Anm. 21, und 139/40, Anm. 22 und 23. — Es ist bei dieser Gelegenheit auch darauf hinzuweisen, daß der Begriff der juristischen Person und die Anerkennung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit erst durch das Zivilgesetzbuch festgelegt wurde, welches erheblich jünger ist als das Obligationenrecht.

[44]) Cahn, S. 68/69; vgl. zu der einstimmigen Ansicht, daß auch Minderjährige und beschränkt Geschäftsfähige Mitglied des Vorstandes und Verwaltungsrates sein können; Brodmann, Anm. 2c zu § 243 und Anm. 4a zu § 231 DH; Staub, Anm. 10—12 zu § 231 DH und dort zit.

ristische Person als Mitglied einer Kollektivgesellschaft ihre Rechte und Pflichten ausübt, ist im einzelnen erörtert worden. Dasselbe gilt sinngemäß für die juristische Person im Verwaltungsrat.

Ein weiteres Argument, das gegen die Fähigkeit der juristischen Person, Verwaltungsratsmitglied zu sein, vorgebracht worden ist, ist die angebliche Unvereinbarkeit der für diese letzteren geltenden Strafbestimmungen mit der Deliktsunfähigkeit der juristischen Person als solcher.[45]) Damit, daß man diese Frage als eine de lege ferenda auszufüllende Lücke im Gesetz bezeichnet,[46]) kommt man über diese Schwierigkeit nicht hinweg. Wenn der Gesetzgeber bestimmt, daß jemand, der in den Verwaltungsrat gewählt wird, als Mitglied desselben in gewissen Fällen strafrechtlich verantwortlich ist,[47]) so geht daraus sein klarer Wille hervor, daß nur solche Personen zu Verwaltungsratsmitgliedern zu wählen sind, auf welche diese strafrechtliche Haftung anwendbar ist.

Die Organe der juristischen Person machen sich aber für alle Handlungen, die, als in der Organsphäre vorgenommen, der in den Verwaltungsrat gewählten juristischen Person zugerechnet werden, in dem gleichen Maße verantwortlich wie wenn die Organe selbst als physische Personen Verwaltungsräte wären.[48]) Es wäre absurd,

[45]) Ring, Stier-Somlo, a. a. O.; vgl. S. 70, Anm. 1.

[46]) Simon, S. 16, stützt sich dabei auf RG in Strafsachen, Bd. 16, S. 121, wo ausgeführt wird, daß der Liquidator einer Aktiengesellschaft, der Vermögenswerte derselben beiseite schafft, um den Konkurs zu vermeiden, nicht wegen strafbraer Aneignung fremden Gutes bestraft werden könne, weil er die Vermögenswerte für die Gesellschaft hinterzogen habe und weil hier eine Lücke des Strafgesetzes vorliege. Simon folgert daraus, daß die Unmöglichkeit für die juristische Person, Aufsichtsratsmitglied zu sein, den Rechtssatz voraussetzen würde „daß nichts erlaubt sei, was nicht im Falle des Mißbrauchs bestraft werden könne". Analog Goldschmidt, in JW 1925, S. 2339: daß die juristische Person nicht Liquidator sein könne, lasse sich aus der Straflosigkeit der juristischen Person nicht entnehmen. So wenig der Umstand, daß ein Grubenvorstand einer Gewerkschaft den Strafen der Bankrottverbrechen nicht unterliegt (RG in Strafsachen, Bd. 38, S. 200), den Schluß rechtfertigt, es könne keinen Grubenvorstand geben, ebensowenig würde der Umstand, daß eine juristische Person als Liquidator keinen Raum für die Anwendung der Liquidationsstrafe läßt zu der Annahme nötigen, es gebe keinen Liquidator, der juristische Person sei.

[47]) Vgl. insbesondere § 312 ff. DH.

[48]) Vgl. S. 54 f. und S. 58 f.; RG in Strafsachen, Bd. 55, S. 6, dessen

zu behaupten, eine Aktiengesellschaft könne keine Aktien ausgeben, weil sie bei einer allfälligen Umgehung der gesetzlichen Vorschriften nicht bestraft werden könnte. Ihre handelnden Organe haften in vollem Umfang. Wird eine Erziehungsanstalt als solche Vormund eines Minderjährigen und unterschlägt eines ihrer Vorstandsmitglieder Mündelgelder, so macht sich dieses letztere einer strafbaren Handlung schuldig und trägt deren Konsequenzen. Stellt ein Verwaltungsrat, in dem eine Aktiengesellschaft als Mitglied sitzt, eine betrügerische Bilanz auf, so haftet dafür ihr Organ, das wissentlich sich eines Delikts schuldig gemacht hat.

Speziellen, auch strafrechtlichen Haftungsbestimmungen sind die Gründer einer Aktiengesellschaft unterworfen. (Vgl. § 313 DH.) In der Praxis sehen wir nicht selten den Fiskus, Kommunalverbände, Aktiengesellschaften etc. als Gründer. Rechtslehre und Rechtssprechung anerkennen denn auch übereinstimmend, daß juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechtes Gründer sein können, wobei in ev. strafrechtliche Verantwortung von den Organen oder von den gesetzlichen Vertretern solcher Körperschaften getragen wird.[49]) Es ist nicht einzusehen, weshalb das, was bezüglich der Gründer Recht ist, nicht auch für den Verwaltungsrat Geltung haben kann. Ein Hindernis für die Wählbarkeit der juristischen Person in den Verwaltungsrat bildet also weder die zivil- noch die strafrechtliche Haftung seiner Mitglieder.

Betrachten wir endlich den mit besonderem Nachdruck erhobenen Einwand, daß die Stellung des Verwaltungsratsmitgliedes ein Vertrauensposten sei,[50]) bei dem es auf „das Ethische in der Person" des Mitgliedes ankomme, weshalb die „ethisch absolut farblose" juristische Person davon ausgeschlossen sei.[51]) Dieses Argument erscheint nicht sehr überzeugend, wenn man bedenkt, daß trotzdem Minderjährige und beschränkt Geschäftsfähige für wähl-

Begründung freilich von Gierke, GTh, S. 729 und S. 769 angezweifelt wird. RG vom 13. 11. 1924 im „Recht", Bd. 29, S. 63.

[49]) Staub, Anm. 5 und 6 zu § 182, Anm. 1 zu § 313 DH und dort zit.; Brodmann, Anm. 3b zu § 182, 3b zu § 187, 2b zu § 313 DH; Lehmann-Ring, Anm. 1 zu § 313 DH.

[50]) Lehmann, Fischer, Staub, Cahn, a. a. O.

[51]) Brodmann, a. a. O.

bar gehalten werden, obgleich sie kaum über die für einen Vertrauensposten nötigen ethischen Qualitäten verfügen dürften. Es ist ferner nicht einzusehen, weshalb jemand unbedingt zu einer physischen Person größeres Vertrauen haben muß als zum Fiskus, zu einer Großbank oder einer Stadtgemeinde. Im Geschäftsverkehr ist sehr oft das umgekehrte der Fall. Nichts berechtigt dazu, der juristischen Person die passive Wählbarkeit in den Verwaltungsrat abzusprechen, während sie doch alle Rechte ausüben kann, die zum Inhalt dieses Amtes gehören und anerkanntermaßen anderweitige Vertrauensämter innehaben kann (Treuhänder, Testamentsvollstrecker, Mitglied eines Gläubigerausschusses).

Wir gelangen also zu dem Ergebnis, daß ein rechtliches Hindernis nicht besteht, auch juristische Personen in den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft zu wählen.

2. Die Wünschbarkeit. Es bleibt nun noch zu untersuchen, ob wirklich Bedürfnisse der Praxis de lege ferenda eine Änderung der bisherigen Anschauung, daß nur physische Personen in den Verwaltungsrat wählbar seien, als wünschenswert erscheinen lassen.

a) Die gegenwärtigen Verhältnisse. Um die Diskrepanz zwischen dem Aktienrecht und der Praxis speziell der modernen wirtschaftlichen Großunternehmen sich klar zu machen, braucht man sich nur die Änderung im Wesen der Wirtschaftsgesellschaft zu vergegenwärtigen. Diese war früher in den meisten Fällen Familienunternehmung,[52]) auf jeden Fall waren ihre Träger eine kleine Zahl von Kaufleuten, vereinigt als überwachende Besitzer des Unternehmens, um ein stetiges Erträgnis zu erzielen. Grundsätzliche Konflikte zwischen ihnen und dem Unternehmen konnten nicht entstehen. Die Entwicklung der Technik und die Forderungen der Weltwirtschaft haben erst den Begriff einer absoluten, vom Begründer oder Besitzer losgelösten Existenz des Unternehmens auch wirtschaftlich realisiert. Aus der Familien- und Socienunternehmung wurde die Großunternehmung. Die Bedeutung ihrer Organe, ihrer Betriebs- und Verwaltungsformen

[52]) Rathenau, S. 7, 23; über die historische Entwicklung der A.-G. vgl. Cohn, die A.-G., und Fick, über Begriff und Geschichte der A.-G., in Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht, Bd. V, S. 9 ff. und die dort zit. Literatur.

wurde eine völlig andere. Die Wirtschaftsgesellschaften bedingten sich gegenseitig, Interessengemeinschaften, Unternehmenszusammenfassungen ergaben sich zwangsläufig. Die horizontale Gliederung in Syndikate, Kartelle und Konzerne als Mittel der Marktbeherrschung begann, die letztere Form wirtschaftspolitisch noch verstärkt durch Vermögenszusammenfassung, Beherrschung nach innen in Form des Trusts. Weder Wissenschaft noch Gesetzgebung und Rechtssprechung haben sich dieser gegenseitigen Verflechtung der Unternehmungen, der inneren Wandlung des Daseinsgrundes und der Wirkungsweise der einzelnen Wirtschaftsgesellschaft angepaßt. Generalversammlungen, Handelsberichte und Prozesse geben heute ein viel besseres Bild von den Formen und Konflikten des Aktienrechtes als dieses selbst, lassen Fragen als prinzipiell erscheinen, denen das Aktienrecht als zufälligen oder willkürlichen Konflikten sich verschließt.

Zu diesen Fragen gehört auch die hier behandelte. Ganz abgesehen davon, daß heute praktisch das Schwergewicht der Verwaltung eines Unternehmens nach innen und seiner Führung nach außen zu einem guten Teil vom Verwaltungsrat auf die Direktion übergegangen ist, haben sich auch die Zusammensetzung und damit das Wesen des Verwaltungsrates stark geändert.[53])

Die Zahl der Einzelpersonen, die heute zu Verwaltungsräten eines Großunternehmens gewählt werden, ist eine relativ geringe: Private Kapitalisten mit sehr starker Beteiligung, denen ein Verwaltungsratssitz mit seinem Kontroll- und Einblicksrecht erwünscht ist und mit Recht zusteht; Juristen mit speziellen Arbeits-, Versicherungs-, Wirtschafts- oder aktienrechtlichen Kenntnissen, die als Rechtskonsulenten des Unternehmens fungieren;[54]) frühere Direktoren, deren Fachkenntnisse und Erfahrungen von Nutzen sein können; einflußreiche Persönlichkeiten (Großindustrielle), die der Gesellschaft wichtige geschäftliche Verbindungen anknüpfen und sichern sollen; Politiker mit Beziehungen zu Staat und Behörden, die für das Unternehmen nützlich sein können, Leute mit dekorativ wirkenden Namen und Titeln.

[53]) Simon, S. 2 f.

[54]) Vgl. in Deutschland die fixierte Stellung des „Syndikus".

Eine große Zahl von Einzelpersonen aber wird heute nicht mehr um ihrer selbst willen, sondern als Vertreter ihrer Firmen in Verwaltungsräte gewählt.[55]) Dies ist nicht nur darauf zurückzuführen, daß es dem Zuge der Zeit entspricht, die Schätzung der Einzelpersönlichkeit hinter der Stärke der wirtschaftlichen Interessen zurücktreten zu lassen, sondern diese Tendenz ist sachlich durchaus berechtigt, wenn es sich um Unternehmenszusammenfassungen handelt, oder wenn die betreffende Firma an der andern sehr stark beteiligt ist. Eine Großbank hat ein begreifliches Interesse daran, über die Führung einer Industrieunternehmung sich zu vergewissern, wenn sie deren Anleihen emittiert und zum Teil selbst übernommen hat, also aus Prestigegründen und als Gläubigerin mit ihr verbunden ist. In den Verwaltungsräten mit starkem Kapitalbedarf ist nicht selten ein ganzes Bankenkonsortium vertreten. Ist eine Gesellschaft im Besitze der Aktienmehrheit oder eines großen Aktienpaketes einer andern Gesellschaft, so will sie ihren Einfluß meist nicht nur in der Generalversammlung derselben geltend machen: ihre Organe werden in den Verwaltungsrat gewählt. Steht eine Bank in engen und für sie sehr wichtigen Geschäftsbeziehungen mit einer ausländischen Bank, so werden sehr oft gegenseitig Vertreter in die Verwaltungsräte delegiert, teils um Einblick in die Geschäftsführung zu nehmen, teils um durch das im Verwaltungsrat figurierende Organ einer andern Großbank das eigene Prestige zu fördern. Analog liegen die Verhältnisse bei der Industrie. Die Großindustrie ist zur Dezentralisation vielfach gezwungen, die erforderliche Kontrolle und die Einheitlichkeit der wirtschaftlichen Gesichtspunkte wird dadurch gewahrt, daß die Leiter des Hauptunternehmens zugleich im Verwaltungsrate der Tochtergesellschaften oder der durch Interessengemeinschaft ver-

[55]) Vgl. Liefmann, S. 264. — Über die dabei besonders wichtige Frage der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften und der daraus resultierenden Delegierungen der Vertreter von Gemeinwesen etc. in den Verwaltungsrat, vgl. S. 61, Anm. 6; jetzt besonders Arbenz, Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen im schweizer. Recht, Zürcher Diss. 1930; ferner Fleiner, Institutionen, S. 120 f.; Egger, zur Revision des Aktienrechtes, S. 43/44; über die dabei geübte Praxis, BE Bd. 51 II, S. 330 ff.; eine Gemeinde z. B. kann befugt sein, eine Vertretung in die Verwaltung abzuordnen, sie wählt in diesem Falle ihren Vertreter, dieser wird dann noch formell in den Verwaltungsrat gewählt.

bundenen Unternehmungen ihren Einfluß geltend machen können. Das wirtschaftliche Bedürfnis dazu ist unstreitig vorhanden, es resultiert aus der Unternehmensverflechtung der modernen Wirtschaft und so wenig wie sich diese hindern läßt, so wenig lassen sich die wirtschaftlichen Beziehungen, welche die Großunternehmen durch gegenseitiges Besetzen von Verwaltungsratsstellen verbinden, einfach negieren. Aufgabe des Rechtes ist es, auf ihre sachgemäße Ausgestaltung zu wirken.

Die Häufung von Verwaltungsratsstellen in einer Hand, die durch diese wirtschaftliche Entwicklung bedingt ist, ist an sich sehr oft kein Vorteil für die Institution des Verwaltungsrates. Ist der Delegierte des Verwaltungsrates eines großindustriellen Unternehmens zugleich noch Verwaltungsrat in 20 andern Gesellschaften, so wird für die meisten von einer praktischen Ausübung seiner Befugnisse keine Rede sein, was kaum im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen über den Verwaltungsrat liegt. Zudem aber ergibt sich aus dem bisher Ausgeführten, daß in einem solchen Fall die Form nicht mehr den Inhalt deckt: Formell wird die Einzelperson X in den Verwaltungsrat gewählt, aber nicht um ihrer selbst willen, so ausgeprägt ihre Individualität auch sein mag, sondern als Organ ihrer Firma, die im Verwaltungsrat vertreten sein soll. Diese physische Person übt ihr Verwaltungsratsamt quasi kommissionsweise aus, im eigenen Namen, aber für Rechnung ihrer eigenen Gesellschaft. Sie ist dazu verpflichtet, weil sie als Organ ihrer Gesellschaft die Pflicht hat, deren Interessen wahrzunehmen und diese eine Tätigkeit als Verwaltungsrat einer andern Gesellschaft erfordern können. Statuten oder Anstellungsvertrag können diese Pflicht außerdem noch speziell festlegen und umschreiben.

Vielfach muß dabei das Organ einer Aktiengesellschaft, das dieselbe im Verwaltungsrat einer andern Gesellschaft vertritt, die ihm dafür zukommenden Tantièmen mit den Verwaltungsratskollegen seiner eigenen engeren Gesellschaft teilen.[56]) In einigen

[56]) Das deutsche Bankwesen geht noch weiter. Simon, a. a. O., führt das Beispiel einer Berliner Großbank an, die ihren sie in andern Verwaltungsräten vertretenden Organen zur Pflicht gemacht hat, die bezogenen Tantièmen an die Gesellschaft abzuliefern, eine finanzielle Abmachung, deren ratio die ist, daß eben de facto nicht das Organ, sondern die Gesellschaft selbst in dem

großen schweizerischen Unternehmungen ist durch interne Abrede oder Usus ein solcher Pol konstituiert.

Es erscheint also nur logisch, zu postulieren, daß rechtlich sanktioniert werden könne, was weitverbreitete Praxis ist: daß, wenn das Organ einer juristischen Person nicht um seiner selbst willen in den Verwaltungsrat einer Gesellschaft gewählt wird, sondern nur in dieser seiner Organeigenschaft, nicht die Einzelperson, sondern die Firma der juristischen Person in den Verwaltungsrat gewählt werden und in der Liste seiner Mitglieder figurieren soll.

b) Die Vorteile der neuen Lösung für die Rechtsverhältnisse und die Praxis bei der Bestellung des Verwaltungsrates sind z. T. nicht unbeträchtlich.

Der, welcher gemäß seiner Beteiligung und nach den Absichten der beteiligten Interessenten den Einfluß und die Befugnisse eines Verwaltungsrates faktisch haben soll, wird auch nominell gewählt. Nach außen hin werden dadurch die Tatsachen rechtlich unmißverständlich klargestellt und die Verkehrssicherheit erhöht. Wird ein einflußreiches Verwaltungsratsmitglied einer dritten Gesellschaft als Privatmann in den Verwaltungsrat des Unternehmens gewählt, so kann dadurch im Publikum nicht die irreführende Meinung aufkommen, die dritte Gesellschaft stecke hinter diesem Strohmann, weil dann eben diese Gesellschaft nicht unter den Mitgliedern des Verwaltungsrates figuriert. Die früher sehr schwer zu beurteilende Frage, inwieweit die als Vertreter einer andern Gesellschaft in den Verwaltungsrat eines Unternehmens gewählte Einzelpersönlichkeit Weisungen der engeren Gesellschaft, die mit den Interessen des Unternehmens nicht im Einklang stehen, zu befolgen hat, wird klargestellt. Die als Organ einer gewählten juristischen Person im Verwaltungsrat sitzende physische Person kommt viel weniger in die Lage, Konflikte zwischen engerer und weiterer Ge-

fremden Verwaltungsrate sitzt. Vgl. dazu Friedländer, S. 31; Passow, Gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, S. 168. Ferner RG 105, S. 392, wo gesagt wird, daß ein Aufsichtsratsmitglied kraft Auftrages verpflichtet ist, die von ihm geführten Akten bei dem Auftraggeber zu belassen, wenn das Auftragsverhältnis beendigt ist.

sellschaft ausgleichen zu müssen.[57]) Die Handlungen des Organs werden der juristischen Person zugerechnet, diese kann ihr Organ nicht desavouieren. Weil rechtlich die juristische Person im Verwaltungsrat des Unternehmens sich befindet, darf sie nicht egoistische Interessenpolitik betreiben: grundsätzlich geht das Interesse des Unternehmens, für das sie als Verwaltungsratsmitglied handelt, dem eigenen vor.

Die Verwaltungsratsstelle, die der juristischen Person bestimmt ist, verbleibt ihr ungeachtet des Todes oder der Demissionierung der sie darin vertretenden Einzelperson oder deren Berufung in ein staatliches Amt, das ihr die weitere Innehabung von Verwaltungsratsstellen verbietet, oder endlich eines Wechsels ihrer Verwaltung. Die frühere wirtschaftlich unangenehme Unsicherheit, in diesem Falle wieder einen Vertreter in die Verwaltung zu bekommen, wird ausgeschaltet. Die juristische Person wird auch nicht in die heikle Lage kommen, auf dem Prozeßwege ein aus ihr ausgeschiedenes oder ausgeschlossenes Organ zur Niederlegung der andern Verwaltungsratsstellen zwingen zu müssen, die es nur dieser Organeigenschaft verdankte.

Die Gefahren der Häufung der Verwaltungsratsstellen in der Hand einer einzigen physischen Person werden dadurch verringert. Den Bestimmungen des Gesetzes nach aktiver Mitarbeit wird eher genügt, denn die Arbeitskraft eines Großunternehmens ist im Gegensatz zu derjenigen des Einzelmenschen begrifflich unbegrenzt, mit wachsenden Aufgaben wächst die Zahl der Organe. Die Verwaltungsratsstellen können sachgemäß unter diese letzteren verteilt werden. Bei Verhinderung des primär designierten Organes kann die juristische Person im Notfall für eine besonders wichtige Verwaltungsratssitzung einfach ein anderes über die Materie orientiertes Organ delegieren.

Die Tantièmen fallen der juristischen Person zu, die auf Grund ihrer finanziellen Beteiligung die Verwaltungsratsstelle inne hat. Die Entschädigung für Mehrarbeit des betreffenden Organes

[57]) Vgl. zu diesem Interessenkonflikt Friedländer, S. 282; derselbe in Betriebsräte, Aufsichtsratsgesetz, S. 75; Jacusiel, Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder im Aufsichtsrat, S. 40 f.; RG in Holdheims Monatsschrift XXIV, S. 78 ff.

bezw. für die ihm entgehenden Tantièmen durch eine andere Regelung seiner unmittelbaren Bezüge ist Internum der juristischen Person.

Dritte haben bei Regreßansprüchen eine viel größere materielle Sicherheit. Sie laufen nicht Gefahr, daß die Aktiengesellschaft, die eines ihrer Organe in den Verwaltungsrat einer andern Gesellschaft abgeordnet hat, eventuell sich weigert, für dessen Regreßverbindlichkeiten einzustehen, wenn das Organ selber dafür nicht aufzukommen vermag, oder daß sie das betreffende Organ sogar aus der eigenen Gesellschaftf beizeiten ausschließt.

Die Gefahr des viel bekämpften Strohmännertums würde durch eine solche Lösung in hohem Maße verringert. Wenn z. B. die Namensaktien einer Aktiengesellschaft insgesamt im Besitze der juristischen Personen Fiskus, Gemeinde, Industriegesellschaft und Großbank sind, so könnte nach der herrschenden Meinung überhaupt kein Verwaltungsrat gebildet werden. Art. 616, Ziff. 7, Abs. 1, Art. 649, Art. 658 OR (E Art. 704) knüpfen die Wählbarkeit in den Verwaltungsrat an den Eigenbesitz von Aktien und die herrschende Meinung hält keine der vier genannten juristischen Personen als solche für in den Verwaltungsrat wählbar. Sie wären also gezwungen, die ihnen gehörigen Aktien ganz oder teilweise auf den Namen eines ihrer Organe umschreiben zu lassen.[58])

Eine andere nicht unwichtige Änderung würde sich ferner hinsichtlich des Stimmrechtes bei Déchargeerteilung ergeben.[59]) Bis jetzt konnte die juristische Person ihren Aktienbesitz mitstimmen lassen, auch wenn die Décharge ihres Organes, das für sie im Verwaltungsrate saß, in Frage stand. Dies wird so gehandhabt, obschon vielleicht die Handlungen, um derentwillen die Décharge des betreffenden Verwaltungsratsmitgliedes fraglich ist, auf einem Beschluß des Verwaltungsrates seiner eigenen Gesellschaft beruhen und obschon diese letztere ihm eventuell intern versprochen hat, für eine allfällige zivilrechtliche Haftbarmachung

[58]) Ein Minderjähriger dagegen könnte ohne diese Umschreibung auf den Namen seines Vormundes in den Verwaltungsrat gewählt werden. — Die Praxis hält sich bekanntlich nicht an das Erfordernis des Pflichtaktienbesitzes.

[59]) Vgl. über Stimmenthaltungsvorschriften Friedländer, S. 295 ff. und dort zit. Literatur.

seiner Person in seiner Eigenschaft als Verwaltungsratsmitglied der dritten Gesellschaft aufzukommen. Denn auch in diesem Fall betreffen die Beschlußfassung und die Décharge juristisch nur das Verwaltungsratsmitglied und nicht die von ihm vertretene Bank. Wenn dagegen die juristische Person selbst unter ihrer eigenen Firma Mitglied des Verwaltungsrates ist, so wäre jedes Mitstimmen natürlich ausgeschlossen. Dies wäre vor allem vom Standpunkte des Gesetzes aus sehr zu begrüßen. Die Praxis ist sehr bedenklich, daß bei Déchargeerteilung z. B. der gesamte Aktienbesitz einer Bank für deren Verwaltungsratspräsidenten in seiner Eigenschaft als Verwaltungsratsmitglied mitstimmen kann.

c) Nachteile der neuen Lösung. Die Aufgabe des Prinzips des persönlichen Vertrauens, welche die Wahl der Firma selber in den Verwaltungsrat zum Teil mit sich bringt, kann ev. das persönliche Band zwischen Aktionären und Verwaltungsräten lockern. Statt des von den Aktionären gewünschten Organes der gewählten Firma könnte diese das unerwünschte Organ Y in den Verwaltungsrat entsenden. Ferner kann der Wechsel der Organe der gewählten juristischen Person eventuell auch einen Wechsel der Anschauungen und eine Verwirrung und Unsicherheit in die Konstanz der Geschäftspolitik des Verwaltungsrates bringen, vor allem bei gleichzeitigem Wechsel mehrerer in den Verwaltungsrat gewählten juristischen Personen.

Was diesen letzteren Punkt anbelangt, so ist zu sagen, daß der Wechsel von physischen Personen im Verwaltungsrat mindestens ebenso häufig sein dürfte wie der Wechsel der leitenden Organe eines Großunternehmens und daß die gleichen Befürchtungen auch für diesen Fall gelten würden.

Der Einwand des Einbruchs in das Prinzip des persönlichen Vertrauens ist ebenfalls nicht entscheidend. Einmal kann eine juristische Person, z. B. eine Bank, das gleiche persönliche Vertrauen genießen wie eine physische Person. Außerdem haben es die Aktionäre in der Hand, eine ihnen mißliebige Person als Organ der in den Verwaltungsrat gewählten juristischen Person dadurch fernzuhalten, daß sie sich durch Abrede mit dieser letzteren zum voraus darüber einigen.

Dazu kommt, daß die Wahl von juristischen Personen in den Verwaltungsrat doch noch fakultativ bleibt. Man wird sich dagegen oder dafür aussprechen, je nachdem man den persönlich-menschlichen Qualitäten, die für die Leitung der Aktiengesellschaft eventuell erforderlich sein können oder den wirtschaftlichen Interessen die Hauptbedeutung zugesteht. Wo rein Individuelles maßgebend ist, wie z. B. bei der geschäftsführenden Direktion, wird man ja regelmäßig von der Wahl einer juristischen Person absehen.

Es könnte endlich noch eingewendet werden, daß die Gefahr der Kumulierung von Verwaltungsratsstellen in einer Hand ja durch die Wahl von juristischen Personen noch erhöht würde, indem diese in diesem Falle alle die Stellen inne hätte, welche sich früher unter mehrere Organe verteilten. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Vertretung und Kontrolle durch andere Unternehmungen eben ein zwangsläufiges Ergebnis des heutigen Wirtschaftslebens ist, und daß die Vereinigung der Verwaltungsratsstellen in der Hand z. B. einer Großbank meist weniger spekulativen Gründen, wie sehr oft bei physischen Personen, als der Pflicht zu vorsichtiger Geschäftsführung entspringt.

Auf jeden Fall erscheinen die Nachteile, die sich bei einer Wahl juristischer Personen in den Verwaltungsrat ergeben, weniger groß als die Vorteile für das Recht, für die Praxis und den Verkehr.

Die Möglichkeit der Wahl von juristischen Personen in den Verwaltungsrat wird kaum ohne Eingreifen der Gesetzgebung anerkannt werden. Da auch der Entwurf zum neuen Obligationenrecht darüber schweigt, so wäre eine bundesgerichtliche Entscheidung über diese Frage sehr wünschenswert.

§ 10. Die Aktiengesellschaft in der Kontrollstelle.

I. Das dritte, gesetzlich notwendige Organ der Aktiengesellschaft ist die Kontrollstelle. Aus OR Art. 662 ergibt sich weitgehende statutarische Freiheit in Bezug auf die Organisation der Kontrollstelle. Der Entwurf billigt in Art. 720, Abs. 3 ausdrücklich die

Praxis, Treuhandgesellschaften oder Revisionsverbände als Kontrollorgane zu wählen. Auch in der Literatur ist diese Möglichkeit unbestritten.[1]) Es mag auf den ersten Blick eigenartig erscheinen, daß hier der juristischen Person ohne weiteres die Möglichkeit zugestanden wird, als solche Organobjekt zu sein, während doch prinzipiell die Theorie sich dieser Frage gegenüber ablehnend verhält. Dies erklärt sich jedoch aus der besonderen Stellung des Kontrollorgans im Obligationenrecht. Während in Deutschland, Belgien, Italien und mehreren U. S. A.-Staaten die Kontrolle sich auch auf die Geschäftsführung erstreckt, beschränkt sie sich in England, Frankreich,[2]) Schweden und der Schweiz auf die Rechnungsführung.[3]) Die Verwaltung und Kontrolle und die Verantwortung dafür bleiben dadurch rechtlich getrennt. Auch der Entwurf lehnt jede Prüfung der Geschäftsführung durch die Kontrollstelle ab. Damit käme diese letztere in eine schiefe Stellung. In jedem Fall, da sie die Geschäftsführung guthieße, würde sie sich damit quasi identifizieren, also in gewissem Sinne an der Verwaltung teilnehmen. Über abgeschlossene und nicht abgeschlossene Geschäfte, Kreditgewährungen, Zusammensetzung des Wechselportefeuilles, rationelle Effektenkäufe etc. steht der Kontrollstelle also keine Kritik zu. Die kalkulatorische Prüfung des Kontrollorgans soll aber nicht nur eine solche der Additionen, der korrekten Führung und des korrekten Abschlusses der Bücher ein. Die Bücher sollen formell auf ihre ordnungsmäßige Führung und ihre Übereinstimmung mit der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung

[1]) Gaßmann, die Schweiz. Treuhandgesellschaft mit besonderer Berücksichtigung der Revisionsfrage bei Aktiengesellschaften und Banken, Zürch. Diss. 1913, S. 105 f., S. 117 f.; derselbe, zur Revision des Aktienrechtes, S. 35, 44; Welti, S. 128 f.; Töndury, S. 8; derselbe, in Zeitschr. f. kaufm. Bildungswesen, S. 212; Prot. der Verhandl. des schweiz. Juristenvereins 1920, S. 243; ebendort Referat Staehelin, S. 57 ff.; ebendort Aubert, S. 208; Silbernagel, S. 264 f.; Botschaft, S. 257; Prot. Exp. Komm., S. 395 f.; Verhdlg. der ständerätlichen Kommission vom 15./18. 3. 1929.

[2]) Neben dem „board of Directors" bezw. „Conseil d'administration" und dem Exekutivausschuß desselben, den „managing Directors" bezw. „Administrateurs délégués" bestehen auch hier besondere Kontrollorgane, der „auditor" (company's act 1900) und die „commissaires de surveillance".

[3]) BE Bd. 34 II spez. S. 501 f.; Folliet, La verification des comptes dans les sociétés par actions, Genfer Diss. 1911, S. 41 f.

hin revidiert werden. Materiell soll eine Prüfung darüber stattfinden, ob die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung eine zutreffende Darstellung der Vermögenslage und des Geschäftsergebnisses enthalten.[4]) Infolge dieses grundsätzlichen Desinteressements der Kontrollstelle an der Geschäftsführung sind eine Reihe von Fragen gegenstandslos, die bei einer sonstigen mitgliedschaftlichen oder organschaftlichen Stellung einer juristischen Person bei einer Handelsgesellschaft der Theorie Anlaß zu Bedenken gegeben haben. Zudem besteht in der Schweiz ein praktisches Bedürfnis nach Zulassung juristischer Personen in die Kontrollstelle, solange ein Prüfungswesen für Bücherrevisoren weder gesetzlich noch durch Konkordat geordnet ist. Infolge dieses Mangels an gesetzlich geprüften Einzelrevisoren bieten die Revisions- und Treuhandgesellschaften, welche auf Grund einer Prüfung ein internes Bücherrevisorendiplom eingeführt haben, eine gewisse Gewähr für diligentia in eligendo et custodiendo. Trotzdem ist die Frage, wer eher als Kontrollorgan zu bestellen sei, ob physische oder juristische Personen, doch nicht unbedingt zu Gunsten der letzteren zu entscheiden, sobald einmal, wie z. B. in England,[5]) das Revisionswesen auch bei uns reglementiert ist.

Für die großen Revisionsgesellschaften spricht ihre durch lange Erfahrung ausgebildete Methode, ihr großer Personalbestand, aus dem sie für jeden Fall branchekundige Experten auswählen können, und ihr größeres Kapital, das im Falle einer Haftung[6]) eine größere finanzielle Garantie bildet.

Die Nachteile der Revisionsgesellschaften, die beim Einzelrevisor meist dahinfallen, sind folgende: Der persönliche Kontakt ist geringer, die Betriebsorganisation komplizierter, die Arbeit des-

[4]) Vgl. E Art. 721. Anderer Ansicht Zimmermann, die Jahresbilanz der Aktiengesellschaft nach deutschem und schweizerischem Recht, Zürcher Diss. 1917, S. 345.

[5]) Vgl. Sender, Praxis der Bücherprüfung in England, S. 32 f.

[6]) In England ist die Frage, ob der Revisor den Aktionären direkt hafte oder der Gesellschaft, zu Gunsten der letzteren entschieden worden. Eine Haftung tritt ein z. B. für Schäden, die durch Ausschüttung von Dividenden aus dem Gesellschaftskapital entstenen, für Nichtentdeckung von Fälschungen, Unterschlagungen, Höherbewertungen von Aktien etc.; ferner für Irrtum und eigenen dolus und culpa.

halb oft kostspieliger und weniger original, die Berichte werden ferner von einer Mehrzahl von Personen gelesen, was nicht jedem Klienten angenehm ist und die Gefahr einer Indiskretion erhöht. Auch kann die Treuhand- bezw. Revisionsgesellschaft von einer andern Kapitalgesellschaft finanziert und deshalb bis zu einem gewissen Grade ihre unabhängige und unparteiische Stellung einbüßen. Dem bilanztechnisch versierten, aber branchenunkundigen Einzelrevisor kann ja schließlich ein Experte beigegeben werden und den Mangel eines großen Kapitalfonds vermag er durch Versicherung auszugleichen.

Die freie Wahl, die das geltende und das kommende Gesetz den Handelsgesellschaften bei der Organisation ihrer Kontrollstelle lassen, ist deshalb durchaus gerechtfertigt.

§ 11. Die juristische Person als Liquidator.

Mit der Befürwortung der Zulassung von juristischen Personen als Liquidatoren will man vor allem ermöglichen, Treuhandgesellschaften dazu bestellen zu können. Nicht immer, vor allem nicht bei gerichtlicher Bestellung des Liquidators (Art. 580, Abs. 2 OR, § 146 DH) finden sich zur Übernahme dieses arbeitsreichen, verantwortungsvollen und in mancher Hinsicht unangenehmen Postens physische Personen bereit, die gleichzeitig zur Amtsführung geeignet, zahlungsfähig und in jeder Beziehung zuverlässig sind. Anderseits kann eine Gesellschaft den Wunsch haben, ihre Liquidation einer unparteiischen, sachlich arbeitenden Drittperson zu übertragen. Allen diesen Ansprüchen entspricht eine Treuhandgesellschaft. Ein wirtschaftliches Bedürfnis, solche Gesellschaften zu Liquidatoren zu ernennen, kann also im konkreten Fall sehr wohl bestehen.

Die Rechtsfrage der Zulassung einer juristischen Person zum Amt des Liquidators von Handelsgesellschaften[1]) ist deswegen

[1]) Verneinend sprechen sich in speziellen Hinweisen aus: Zeller, Anm. 4 zu Art. 666 OR: „wie nur die handlungsfähige physische Person Ver-

speziell erwähnenswert, weil sie von erheblicher Bedeutung ist in dem Streit der Theorie über die Möglichkeit einer organschaftlichen Stellung der juristischen Person überhaupt. Einige Befürworter der ersteren Möglichkeit kommen zu einer Bejahung auch der letzteren auf Grund rein logischer Schlußfolgerungen.[2]) Die juristische Person kann Mitglied von Kollektivgesellschaften sein, also nach OR Art 580 (§ 146 DH) auch deren Liquidator. Die Stellung des Liquidators bei der Aktiengesellschaft ist wesentlich

waltungsmitglied sein kann, so ist auch die juristische Person ausgeschlossen. Dabei steht nichts entgegen, daß die zu Liquidatoren ernannten Verwaltungsmitglieder oder Direktoren einer Bank diese letztere mit der Durchführung der Liquidation betrauen". Staub, Anm. 1 zu § 245 und 1a zu § 295 DH: „Liquidatoren können nur physische Personen, nicht etwa juristische Personen oder Behörden sein". Ebenso Parisius-Crüger, Anm. 2 zu § 6, G. m. b. H.-Gesetz, Anm. 6 zu § 9, 5 zu § 15, 15 zu § 24, 2 zu § 36, Genossenschaftsgesetz; Liebmann-Ring, Anm. 2 zu § 146, 3 zu § 231 DH; Fischer in Ehrenbergs Hdbch. III, S. 213/4; Kohler, Lehrb. d. bürgerl. Rechts I, S. 317; Brodmann, Anm. 1 zu § 6, G. m. b. H.-Gesetz; derselbe, Aktiengesetz, Anm. 3 zu § 295 DH unter Hinweis auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Liquidatoren nach § 312: „Es können nur natürliche Personen zu Liquidatoren bestellt werden. Es ist abwegig, dafür einzutreten, daß juristische Personen, namentlich etwa Treuhandgesellschaften, die Liquidation übernehmen könnten." Flater, DJZtg. 1903, S. 318; Eger, Eisenbahngerichtl. Entscheidungen, Bd. 20, S. 243. (Die Frage war zum ersten Mal praktisch geworden bei dem Vertrag betr. die Übernahme der ostpreuß. Südbahn durch den Staat Preußen vom 6. IV. 1903 und dort verneint worden, vgl. KG im „Recht" 1904, S. 2183); Haußmann, S. 116; für die Aktiengesellschaft auch Ludewig in JW, Bd. 55, S. 1792. — Bejahend äußern sich: Wieland, Komm. zu § 295 DH: Zu Liquidatoren „können auch juristische Personen, z. B. Treuhandgesellschaften, ernannt werden". Ebenso Düringer-Hachenburg, Anm. 10 zu § 146 DH; Egger, Rev. des Aktienrechtes, S. 44; Molitor, S. 15, Anm. 5; Goldschmit, die Aktiengesellschaft, Anm. 20 zu § 231 DH; Bondi, in Zentralblatt f. Handelsrecht, Februar 1929, S. 36; Markus, in Holdheims Wochenschr., Bd. 23, S. 107; Hoeniger in Goldschmidt in JW 1925, S. 2338; Sauerbeck, DJZtg. 1925, S. 1118; Prot. Exp. Komm., S. 411 f., neuerdings auch OLG Karlsruhe vom 4. III. 1925 und vom 14. IV. 1925 in JW, 1925, S. 2017. Die Begründung scheint freilich nicht ganz unbedenklich: „Auch wenn eine juristische Person Liquidator ist, hat die Gesellschaft natürliche Personen als Vertreter, diejenigen des Liquidators, die nur mittelbar bestimmt werden ... Mag aber auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht bestehen, so wäre dies höchstens eine Lücke im Strafrecht". Vgl. S. 132, Anm. 1.

[2]) Vgl. Goldschmidt, a. a. O. und dort zit.

dieselbe wie bei der Kollektivgesellschaft, steht also der juristischen Person ebenfalls offen. Die Liquidation bei der Aktiengesellschaft geschieht nach OR Art. 666 (§ 295 DH) durch die Verwaltung, sofern Statuten oder Beschluß der Generalversammlung nicht etwas anderes vorsehen, ergo kann die zur Liquidation berechtigte juristische Person auch Mitglied der Verwaltung einer Aktiengesellschaft sein.

Ein solcher Schluß bedeutet eine Überspannung des logischen Gedankens und ist im Gebiete des Rechtes unannehmbar. Eine nur darauf gestützte Bejahung der Frage, ob die juristische Person Organ von Handelsgesellschaften sein könne, stände auf sehr schwachen Füßen. Dieses letztere Problem muß vielmehr umgekehrt zuerst untersucht werden, aus seiner Lösung ergibt sich dann die Beantwortung der Einzelfragen. Nicht weil das Rechtssubjekt ein Mandat annehmen kann, ist es rechts- und handlungsfähig, sondern weil es unter bestimmten Voraussetzungen rechts- und handlungsfähig, kann es neben andern rechtlichen Tatbeständen auch denjenigen des Mandates erfüllen.

Aus diesem Grunde ist die kurze Erörterung der Frage der Bestellung einer juristischen Person als Liquidator an den Schluß der Ausführungen über die Möglichkeit, juristische Personen in den Verwaltungsrat oder in die Kontrollstelle zu wählen, gestellt worden.

Die Liquidation ist das der Auflösung der Gesellschaft nachfolgende Verfahren, das die Flüssigmachung des Gesellschaftsvermögens und die Verteilung von Gewinn und Verlust unter die Gesellschafter bezweckt, daher die Fortführung der Gesellschaft in bestimmt begrenztem Umfang bedeutet. Es ist deshalb gegeben, daß ohne anderweitige Bestimmung ordentliches Liquidationsorgan bei der Kollektivgesellschaft jeder geschäftsführungsberechtigte Gesellschafter vgl. OR, Art. 535, 539), bei der Aktiengesellschaft (vgl. Art. 580, § 146 DH) die Verwaltung ist (Art. 666, § 295 DH). Die rechtliche Stellung der Liquidatoren ist analog derjenigen der Verwaltungsmitglieder zu beurteilen, die für diese geltenden Gesetzesbestimmungen finden auch auf die Liquidatoren sinngemäße Anwendung, nur die geschäftliche Stellung ist, dem veränderten Gesellschaftszweck entsprechend, eine andere.

Weil die juristische Person, in unserm Falle die Aktiengesellschaft, Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft und Verwaltungsmitglied einer Aktiengesellschaft sein kann, so kann sie auch bei beiden Gesellschaften, und damit auch bei allen andern Handelsgesellschaften Liquidator sein. Wir können uns mit einem Verweis auf die in § 5 und § 9 gemachten, hier analog geltenden Erörterungen begnügen. Auch hier, wie im Falle des Verwaltungsrates sollen Rechtslage und tatsächliche Handhabung[3]) in Übereinstimmung gebracht werden.

Nur ein spezieller Punkt bedarf noch der Erwähnung. Die Bestellung der Aktiengesellschaft zum Liquidator ist abgelehnt worden mit der Begründung, die Organe der gewählten juristischen Person, welche faktisch die Liquidationsgeschäfte zu besorgen hätten, wären in ihrer Tätigkeit abhängig von der Generalversammlung bezw. vom Verwaltungsrat ihrer eigenen Gesellschaft.[4]) Dieses Argument ist weder formell noch materiell stichhaltig. Formell werden ja gerade die Handlungen ihrer Organe der juristischen Person als deren Personifikation der Teilrechtsordnung zugerechnet. Wird diese als Liquidator gewählt, so weiß die Liquidationsgesellschaft, daß die physische Person, welche die Liquidationsgeschäfte besorgt, nicht auf eigene Faust als Privatmann, sondern als Organ der gewählten juristischen Person handelt. Rein tatsächlich aber wird die Befürchtung der Desavouierung oder des Widerrufes des Organs durch die Generalversammlung der zum Liquidator gewählten Gesellschaft gerade in diesem Falle kaum je berechtigt sein: wenn juristische Personen als Liquidatoren gewählt werden, so handelt es sich entweder um Treuhandgesellschaften, für welche ein solches Handeln als Liquidator Geschäftszweig ist, die also alles Interesse daran haben, ihren Klienten, die Liquidationsgesellschaft, zufriedenzustellen, oder um Muttergesellschaften oder interessierte Finanzgesellschaften, die ebenfalls in eigener Sache handeln. Auch hier wird also der Einfluß, den die Generalversammlung oder der Verwaltungsrat auf die Tätigkeit ihres die Liquidationsgeschäfte besorgenden Organes hat, dieses Handeln inhaltlich decken, so-

[3]) Vgl. die bereits zitierte Anm. 4 zu Art. 666 OR im Komm. Zeller.
[4]) Ludewig, a. a. O.

daß die behauptete Unfreiheit des letzteren keine nachteiligen Folgen für die Liquidationsgesellschaft haben kann. Außerdem sind statutarische oder vertragliche Abreden immer möglich.

Schlußwort.

Die abgeschlossene Untersuchung hat in rechtswesentlicher wie in rechtsinhaltlicher Hinsicht zu einer grundsätzlichen Bejahung der Frage geführt, ob die Aktiengesellschaft Mitglied und Organ von Handelsgesellschaften sein könne. Weder aus der Struktur der Handelsgesellschaften und dem Begriff des Organes noch aus den für beide geltenden Gesetzesvorschriften resultieren entscheidende Gründe dagegen.

Daß das kodifizierte Recht keine speziellen Bestimmungen über die Gesellschaftsbildungen aus Gesellschaften enthält und daß aus seinem Wortlaut hervorgeht, daß der Gesetzgeber zunächst nur physische Personen als Mitglieder und Organe berücksichtigt hat, erklärt die vielfache Ablehnung, die diese Mischformen im Gesellschaftsrecht gefunden haben, kann aber nicht daran hindern, die für den Regelfall gegebenen Vorschriften auch auf Ausnahmefälle anzuwenden. Auch hier wie bei manchen andern Formen des Rechtslebens handelt es sich nicht in erster Linie um die Erforschung der in ihrem Wesen ephemeren positiven Gesetznormen und um die Subsumierung der Tatbestände unter dieselben, sondern um die praktische Möglichkeit, über die Tatsachenkonstruktion hinaus den allgemeinen Rechtsgedanken in Erscheinung treten zu lassen. Gerade das Fehlen spezieller Vorschriften verschafft uns die Freiheit, aus den allgemeinsten Sätzen des Rechtes abzuleiten, was für jede Erscheinung des Lebens Rechtens ist.[1])

Es ist begreiflich, daß das Gesetz in seinem Wortlaut als Schranke benutzt wird gegen Rechtsgebilde der Praxis, welche Gefahren und Verwicklungen mit sich zu bringen scheinen. Solange kein Bedürfnis nach solchen Mischformen besteht, kann vom

[1]) Fleiner, Institutionen, S. 438.

Standpunkt des Rechtes aus davon abgeraten werden. Ist das Bedürfnis danach aber einmal vorhanden, so ist der Jurist auch dazu da, nach den Erscheinungen des Verkehrs das Gesetz zu interpretieren. Solange es keine Gerichtshöfe für bindende Gesetzesauslegung gibt, kann der Gesetzgeber erst nach langer Erfahrungszeit zu Änderungen des Gesetzes die Initiative ergreifen. Inzwischen hilft die Theorie und entscheidet die Praxis. Für diese letztere insbesondere gibt es „anerkannte Grundsätze" nur solange, als nicht die Erfordernisse des täglichen Verkehrs über sie hinwegschreiten, denen das Gesetz durch Interpretation gerecht werden muß, will es nicht entgegen seiner Bestimmung hemmend wirken.[2])

Durch ihre Fortentwicklung in der Praxis vor allem des deutschen Wirtschaftslebens hat die Gesellschaftsbildung aus Gesellschaften den Beweis erbracht, daß sie einem Bedürfnis des Geschäftslebens entgegenkommt. Für die Schaffung dieser Mischtypen sind Rechtsformen gebraucht worden, deren veränderte Gestaltung die Theorie nur zögernd anerkennt, aber mit Recht, denn von den handelsrechtlichen Neubildungen des Wirtschaftslebens ist vielfach Besseres zu erwarten als von den Erzeugnissen einer rastlosen Gesetzgebung. Und auch die damit unter Umständen verbnudene Gefahr kann nicht schrecken. Mit der Möglichkeit des nützlichen Gebrauchs einer Rechtsform muß fast stets die Möglichkeit ihres Mißbrauchs in Kauf genommen werden. Auf dem Gebiete der Gesellschaftsverflechtungen würde die rechtliche Anerkennung juristischer Personen als Glied- und Organgesellschaften jedenfalls wesentlich zur Vereinfachung und Klärung beitragen.

[2]) Liebmann in DJZtg., Bd. 13, S. 230: „Der in der Praxis stehende Kaufmann kann sich nicht anders helfen, als daß er das Gesetz zu umgehen trachtet, solange es ihm nicht zu Willen ist." Vgl. Klein, S. 87; Cohn, a. a. O.: „Das erste und oberste Erfordernis eines guten Aktienrechtes ist möglichste Freiheit, geringst-dankbare Bindung". Vgl. Feine, S. 473; Stammler, die Lehre vom richtigen Recht, S. 209.

Literaturverzeichnis.

(Passim gebrauchte Werke werden jeweils in den Anmerkungen zitiert.)

Adler: „Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts", Berlin 1895.

Arbenz, E.: „Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen im Schweizerischen Recht", Zürcher Diss. 1929.

Bachmann, G.: Die Sonderrechte des Aktionärs, Zürcher. Diss. 1901.

— „Der Entlastungsbeschluß der Generalversammlung der A.-G. für die Geschäftsführung der Verwaltung und der Rechnungsprüfung der Kontrollstelle", in der Festschrift für G. Cohn.

Bachmann-Schneider-Fick-Zeller: „Das Schweizerische Obligationenrecht", Kommentar, Zürich 1915 (cit. Zeller).

Barrault, H. E.: „Le droit d'association en Angleterre", Thèse, Paris 1908.

Bauch, F.: „Die Rechtsform der Kartelle", in Abhdlg. des staatswissenschaftl. Seminars Jena, Bd. VII (cit. Bauch).

Behrend, F.: „Handelsrecht", Berlin-Leipzig 1886 (cit. Behrend).

Bernatzik: „Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörde insbesondere", im Archiv für öffentl. Recht, Bd. 5, 1890 (cit. Bernatzik).

Bekker, E. J.: „System des heutigen Pandektenrechtes", Weimar 1889 (cit. Bekker).

Binder, J.: „Das Problem der juristischen Persönlichkeit", Leipzig 1907 (cit. Binder).

Bischoff, H.: „Die jurist. Person als Subjekt von öffentl. Rechten und Pflichten", Zürch. Diss. 1918.

Blattner: „Die Rechtsverhältnisse der Mitglieder in der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft", Berner Diss. 1899.

Bloch, K. A.: „Über Organschaft und rechtliche Stellung der sog. Verbansorgane", Zürich 1904 (cit. Bloch).

Bloch, M.: „Kaufmann und kaufmännischer Verkehr im schweiz. OR", Berner Diss. 1896.

Bonelli: „La personalità giuridica delle società commerciali", Milano 1887.

— „La teoria della persona giuridica", Rivista di diritto civile 1910, p. 473.

Brice, S.: „The law of Corporations", 3rd ed.

Brodmann, E.: „Kommentar zum G. m. b. H.-Gesetz", Berlin-Leipzig 1924 (cit. Brodmann, G. m. b. H.-Gesetz).

— „Aktienrecht", Kommentar, Berlin und Leipzig 1928 (cit. Brodmann, Aktiengesetz).

Burckhardt, W.: „Die rechtliche Natur der Personenverbände im Schweiz. OR", Berner Diss. 1896.

Cahn: „Die G. m. b. H. & Co., KG" (1922).

Canonica: „Pensieri sopra la riforma delle società anonime", Milano 1891.

Cohn, G.: „Die Aktiengesellschaft", Zürich 1921 (cit. Cohn).

Cook: „A Treatise on the law of Corporations, 8. Aufl., 1923.

— „The principles of corporation Law" London 1925.

Curti: „Das Schweizerische Handelsrecht", 2. Aufl., 1909 (cit. Curti).

Cosack: „Lehrbuch des Handelsrechtes", Stuttgart 1900 (cit. Cosack).

Crüger, H. und Crecelius, F.: „Das Reichsgesetz betreffend die G. m. b. H.", Berlin-Leipzig 1922 (cit. Crüger-Crecelius).

Dernburg, H.: „Pandekten" I. Bd., 7. Aufl., Berlin 1902 (cit. Dernburg).

Dietler: „Die rechtliche Stellung des Verwaltungsrates nach deutschem und schweizerischem Recht" (cit. Dietler).

Düringer: „Firmen als Aufsichtsratsmitglieder von A.-G.", in Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, 2. Jahrg., 1908, No. 5, S. 366.

Düringer-Hachenburg: „Das Handelsgesetzbuch", Mannheim 1926 (cit. Düringer-Hachenburg).

— „Das DHGB vom 10. Mai 1897 auf Grundlagen des bürgerlichen Rechts", Berlin-Leipzig 1917.

Dürrenmatt, H.: „Die Kollektivgesellschaft in der Gesetzgebung Frankreichs, Deutschlands und der Schweiz", Berner Diss. 1900 (cit. Dürrenmatt).

Egger, A.: „Das Aktienrecht nach den Beschlüssen der Expertenkommission", in der Schweiz. Juristenzeitung 1925 (Sonderabdruck).

— „Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht", in Zeitschrift für schweiz. Recht, NF, Bd. 45, S. 1 ff.

— „Über das Vereins- und Parteiwesen der Gegenwart", Sonderabdruck aus „Wissen und Leben", Heft. 7/8, 1915.

— „Kommentar zum ZGB", 2. Aufl., Zürich 1929 (cit. Egger, Komm.).

Ehrenberg, v.: „Handbuch des gesamten Handelsrechts", Leipzig 1914 (cit. Ehrenbergs Handbuch).

Feine, H. E.: „Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung", in Ehrenbergs Handb., Bd. III 3, 1929 (cit. Feine).

Ferrara, F.: „Teoria delle persone giuridiche", Napoli 1923 (cit. Ferrara).

Fick: „Über Begriff und Geschichte der Aktiengesellschaften", Zürich 1861.

Fick, F.: „Die verschleierte und schieberhafte Gründung von Aktiengesellschaften", Zürich 1922.

Frick, Th.: „Die Frage der Einführung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz", Zürcher Diss. 1916 (cit. Frick).

Fischer, R.: „Das Aktienrecht", Sonderabdruck aus Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechtes", 3. Band, 1. Abteilg.

Fleiner, F.: „Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes", Tübingen 1928 (cit. Fleiner, Institutionen).

Friedländer, H.: „Konzernrecht", Leipzig-Berlin-Mannheim 1927 (cit. Friedländer).

— „Die rechtliche Stellung der Gemeinschaftsorgane in der Interessengemeinschaft", im Bank-Archiv 1923, No. 23.

Furrer, R.: „Die Haftung des Kommanditisten", Berner Diss. 1902.

Fürst: „Zur Wahl von juristischen Personen in den Aufsichtsrat", in Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, 2. Jahrg., 1908, No. 5.

Gagliano: „Gli amministratori delle società anonime", Milano 1894.

Gaßmann, H.: „Die schweizerische Treuhandgesellschaft mit besonderer Berücksichtigung der Revisionsfrage bei Aktiengesellschaften und Banken", Zürcher Diss. 1913.

Geiler, K.: „Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts", Mannheim-Berlin-Leipzig 1922 (cit. Geiler).

Gierke, O.: „Die Genossenschaftstheorie", Berlin 1887 (cit. Gierke, GTh).

— „Das deutsche Genossenschaftsrecht", Berlin 1913 (cit. Gierke, GR).

— „Die Genossenschaftstheorie", Berlin 1887 (cit. Gierke, GRT).

— „Das Wesen der menschlichen Verbände", Rektoratsrede, Leipzig 1902 (cit. Gierke, Rede).

— „Das Recht der Verbandspersönlichkeit", in Jherings Jahrb., Bd. 35, S. 169 ff. (cit. Gierke in Jherings Jahrb.).

Giezendanner, P.: „Die Vertretung der Arbeitnehmer in den Organen der Aktiengesellschaft", Zürich 1925 (cit. Giezendanner).

Goldschmidt, E.: „Aufsichtsratsmitglied kraft Auftrages", in Zeitschrift für Gesellschaftswesen, 34. Jahrg., Heft 9, Sept. 1924.

Goldschmidt, F.: „Die juristische Person als Liquidator, in Juristische Wochenschrift 1925, Heft 21, S. 2338.

— „Die Aktiengesellschaft", Handelsgesetzbuch § 178—319.

— „Das Recht des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien, der G. m. b. H. usw.".

— „Die Gründung der Aktiengesellschaft",
„Alte und neue Formen der Handelsgesellschaft", Berlin 1892.

Haberstich, J.: „Handbuch des schweizerischen Obligationenrechts" 1887, 2. Bd. (cit. Haberstich).

Haff, K.: „Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts", Zürich 1918 (cit. Haff).

— „Zur Reform der Handelsgesellschaften", in schweiz. Juristenzeitung, 17. Jahrg., S. 145 ff.

Hafter, E.: „Kommentar zum ZGB", Bern 1919 (cit. Hafter, Komm.).

— „Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände", Berlin 1903 (cit. Hafter).

— „Zur Lehre von den juristischen Personen nach dem Entwurf zu einem schweiz. ZGB", in Zeitschrift für schweiz. Recht, NF, Bd. 25, S. 61/106.

„Handwörterbuch der Staatswissenschaften" 1923, Bd. 1, Art. „Aktiengesellschaft".

„Handwörterbuch der Rechtswissenschaft", von Fritz Stier-Somlo u. A. Elster, Berlin-Leipzig 1926 (Art. „Aufsichtsrat", A.-G.-Aktienrecht).

Hartmann, S.: „Die Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft und ihre Verbindung mit Handelsgesellschaften", Berner Diss. 1895 (cit. Hartmann).

Haußmann, F.: „Die Tochtergesellschaft", Berlin 1923 (cit. Haußmann, Tochtergesellschaft).

— „Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen", Mannheim 1926 (cit. Haußmann, Unternehmenszusammenfassungen).
„Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht", Mannheim-Berlin-Leipzig 1928 (cit. Haußmann, vom Aktienwesen).

Held: „Die G. m. b. H. als persönlich haftender Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft", in deutsche Juristenzeitung 1913, Heft 19 (cit. Held).

Hermann, R.: „Der Rechtscharakter der Aktienvereine", Leipzig 1858.

Hergenhahn: „Der Vorstand der Aktiengesellschaft", Leipzig 1893 (cit. Hergenhahn).

Heusler, A.: „Zur Lehre von der juristischen Person", in Zeitschrift für schweiz. Recht, NF, Bd. 8, S. 365 f. (cit. Heusler).

Hoffmannsthal, v.: „Entwurf eines neuen österr. Aktiengesetzes", Berlin 1926.

Hölder, E.: „Natürliche und juristische Personen", Leipzig 1905, (cit. Hölder).

Holdheim: „Aus der Rechtssprechung des Kammergerichts: Die A.-G. als Mitglied einer OHG" in der Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen, Frankfurt 1892, No. 20 (cit. Holdheim).

Huber, E.: „Eintritt und Austritt von Mitgliedern einer Gemeinschaft", in Zeitschrift für schweiz. Recht, NF, Bd. 40, S. 1 ff. (cit. Huber).

Horrwitz, E.: „Das Recht der Generalversammlung der A.-G. und Kommandit-A.-G.". Berlin 1913 (cit. Horrwitz).

Houpin, C. et Bosvieux, H.: „Des sociétés civiles et commerciales 6me éd. 1927/8 (cit. Houpin-Bosvieux).

Hülsen: „Können A.-G. oder G. m. b. H. eine von ihnen erworbene Handelsgesellschaft unter der bisher für dieses Geschäft geführten Firma weiterführen?", in Zeitschrift für Aktienwesen, 32. Jahrg., 1922, 7. Heft (cit. Hülsen).

Jellinek, G.: „Allgemeine Staatslehre", Berlin 1914 (cit. Jellinek).

— „System der subjektiven öffentlichen Rechte", Freiburg 1892 (cit. Jellinek, System).

Jung, E.: „Körperschaftlicher Beitritt zu Vereinen", in „Das Recht", Rundschau für den deutschen Juristenstand, 22. Jahrg., 1918, No. 3 und 4.

Karlowa, D.: „Zur Lehre von den juristischen Personen", in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht, Bd. 15, S. 381 ff. (cit. Karlowa).

Kelsen, H.: „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre", Tübingen 1923 (cit. Kelsen, „Hauptprobleme").
— „Allgemeine Staatslehre", Berlin 1925 (cit. Kelsen).
Keynes: „Das Ende des Laissez-Faire", Ideen zur Verbindung von Privat- und Gemeinwirtschaft", München 1926.
Klausing, F.: „Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen durch Einzelpersonen und Personenverbände", ein Beitrag zu den „allgemeinen Lehren" des Verbandsrechts, Berlin-Wien 1928 (cit. Klausing).
Klingmüller, F.: „Der Begriff der Vertretungsorgane", in deutsche Juristenzeitung, Bd. 7, S. 172 (cit. Klingmüller).
Kolb: „Die A.-G. als Mitglied eines Vereins, einer OHG, einer Genossenschaft", Erlanger Diss. 1896 (cit. Kolb).
Krüger: „Die Haftung der juristischen Personen aus unerlaubten Handlungen", Berlin 1901.
Krückmann: „Verein, Verbindung, Gesellschaft", in Gruchot's Beiträge, Jahrgang 1893.
Kunz: „Rechtsgebilde als Gesellschafter einer OHG", Breslauer Diss. 1914 (cit. Kunz).
Laband: „Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften", in Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 30, 1885.
Landau, L.: „Die A.-G. als Aktionär", ein Beitrag zur Trustfrage, Leipziger Diss. 1906 (cit. Landau).
Landolt, E.: „Beiträge zum Rechte der Generalversammlung", Zürcher Diss. 1922.
Lauchenauer: „Die Holding-Company", Zürich 1924 (cit. Lauchenauer).
Leeb: „Können Handelsgesellschaften Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft sein?", in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung, 13. Ergänzungsband, 1895, No. 20 (cit. Leeb).
Lehmann: „Recht der Aktiengesellschaft", Berlin 1898 (cit. Lehmann).
— „Handelsrecht", 1912 (cit. Lehmann, Handelsrecht).
Leist: „Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht", mit Beiträgen zum Recht der A.-G., G. m. b. H. und Genossenschaft, Jena 1904.
Lenel, O.: „Die Deliktshaftung der juristischen Person", in deutsche Juristenzeitung (DJZtg.), Bd. 7, S. 9 f.
Liefmann: „Kartelle, Konzerne, Trusts", Stuttgart 1927 (cit. Liefmann).
Locher: „Das Prinzip der Firmenwahrheit im Schweizerischen Obligationenrecht", Leipzig 1908.
Lucchini: „Il digesto italiano", Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza", Vol. 2, Roma-Milano-Napoli (cit. digesto italiano).
Lyon-Caen, Ch. et Renault, L.: „Traité de droit commercial, 2ème Vol., Paris 1906.
Mamelok: „Die juristische Person im internationalen Privatrecht", Zürich 1900 (cit. Mamelok).
Manara: „Delle società ed associazioni commerciali", Torino 1902.

Meurer, Ch.: „Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht", Stuttgart 1901 (cit. Meurer).
Michoud: „Etude en droit comparé sur la personalité des associations", Ann. de Grenoble 1901, p. 27 f.
Molitor, E.: „Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft", Sonderabdruck aus der Festschrift der Leipziger jurist. Fakultät für V. Ehrenberg, Leipzig 1927 (cit. Molitor).
Moll: „Kann eine A.-G. Gesellschafter einer OHG sein?", bei Holdheim, 13. Jahrg., 1904, No. 6.
Mori: „Diritti speciali dell'azionista", Milano 1892.
— L'amministrazione delle società anonima", Milano 1897.
— La personalità giuridica delle società di commercio", Legge 1905.
Mouret, H.: „Sociétés anonymes à participation ouvrière et actions de travail", Paris 1919.
Müller-Erzbach, R.: „Deutsches Handelsrecht", Tübingen 1927 (cit. Müller-Erzbach).
Négulesco: „Le problème juridique de la personnalité morale", Paris 1900 cit. Négulesco).
Nord, W.: „Die Rechte des Aktionärs und die Folgen ihrer Verletzung".
Oertmann: „Kommentar zum BGB", I. Bd., 3. Aufl., Berlin 1927 (cit. Oertmann).
Pappenheim, W.: „Beispiele aus dem Wiener Handelsregister zur Frage der Teilnahmemöglichkeit von A.-G. und OHG an OHG", in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, NF, Bd. 31, Stuttgart 1897 (cit. Pappenheim).
Passow: „Die Aktiengesellschaft", eine wirtschaftswissenschaftliche Studie, Jena 1922 (cit. Passow).
Pateri: „La società anonima", Milano 1890.
Petitpierre, S.: „De la responsabilité civile des Administrateurs", Diss. Lausanne 1925 (cit. Petitpierre).
Pic, P.: „Des sociétés commerciales", Paris 1925 (cit. Pic).
Picinelli: „La società anonima",Milano 1893.
Pinner: „Deutsches Aktienrecht", Berlin 1899 (cit. Pinner).
Pisko, O.: „Richtlinien für eine Revision des Handelsgesetzbuches", Wien 1918.
Planck: „Kommentar zum BGB", I. Bd., 4. Aufl., 1913 (cit. Planck).
Prenzel, R.: „Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen und das Handelsrecht", Gießener Diss. 1916.
Preuß, H.: „Stellvertretung und Organschaft", eine Replik in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik, NF, Bd. 8, S. 289 ff. (cit. Preuß).
Rathenau: „Vom Aktienwesen", Berlin 1918 (cit. Rathenau).
Regelsberger: „Pandekten", I. Bd., Leipzig 1893 (cit. Regelsberger).
Renaud: „Recht der Aktiengesellschaft", Leipzig 1875 (cit. Renaud).
Rosendorff: „Die rechtliche Organisation der Konzerne", Berlin 1927 (cit. Rosendorff).

Rousseau, R.: „Questions nouvelles sur les sociétés commerciales", Paris 1882 (cit. Rousseau).
Rumpf: „Der Sinn des Wirtschaftsrechts", in Archiv für zivile Praxis 1922.
Rundstein: „Das Recht der Kartelle", Berliner juristische Beiträge, Heft 4, Berlin 1904 (cit. Rundstein).
Sauerbeck: „Kann eine Treuhandgesellschaft Liquidator einer A.-G. oder G. m. b. H. sein?", in DJZtg., 30 Jahrg., 1925, Heft 14, S. 1118.
Schloßmann: „Organ und Stellvertreter", in Jherings Jahrbüchern, 2. Folge, Bd. 8, S. 289 ff. (cit. Schloßmann).
Schreiber, A.: „Die Rechtsstellung des Willensvollstreckers nach schweiz. ZGB", Aarau 1928.
Schweizer, P.: „Die Einführung der G. m. b. H.", in schweiz. Juristenzeitung, Bd. 19, 1923.
Seeger, H.: „Die Rechtsstellung des Willensvollstreckers", nach ZGB, Bern 1927.
Sender, K.: „Die Praxis der Bücherprüfung in England", Nutzanwendungen auf die Schweiz, Zürich 1912 (cit. Sender).
Siegmund, L.: „Handbuch für die Schweizerischen Handelsregisterführer", Basel 1892 (cit. Siegmund).
Silbernagel, A.: „Die Gründung der A.-G. nach deutschem und schweizerischem, französischem und englischem Aktienrecht", Berlin 1907 (cit. Silbernagel).
Silberschmidt: „Gliederung des deutschen Genossenschaftsrechts", in Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern, 14. Jahrg., 1918, No. 7/8.
— „Beteiligung und Teilhaberschaft", Halle 1915.
Simon, H. V.: „Firmen als Mitglieder des Aufsichtsrates von A.-G." in Leipziger Zeitschrift 1908, No. 1 (cit. Simon).
Solmssen: „Probleme des Aktienrechts", Berlin-Leipzig 1928 (cit. Solmssen).
Sraffa e Bonfante: „Società in nome collettivo fra società anonime" nella Rivista di diritto commerciale (1921), S. 619.
Stampa, U.: „Sammlung von Entscheiden in Handelsregistersachen", Bern 1923.
Staub: „Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch", Berlin-Leipzig 1926 (cit. Staub).
Staub-Hachenburg: „Kommentar zum Gesetz betreffend die G. m. b. H.", 5. Aufl., Berlin-Leipzig 1927.
Staudinger, v.: „Kommentar zum BGB" (9. Aufl. 1925), Bd. I (cit. Staudinger).
Sträuli: „Kommentar zur Zürcher Zivilprozeßordnung", Zürich 1915.
Täuber, R.: „Rechtsgeschäfte und Rechte der Direktoren von A.-G., Kommanditgesellschaften und G. m. b. H.", Berlin-Leipzig 1924 (cit. Täuber).
Toggweiler, J.: „Die Holding-Company in der Schweiz", Zürich 1926 (cit. Toggweiler).
Töndury-Gieré, H.: „Die Organisation der Rechnungsprüfung bei Aktiengesellschaften", Zürich 1912 (cit. Töndury).
Tuhr, von: „Der allgemeine Teil des OR", 1924 (cit. v. Tuhr, OR).
— „Der allgemeine Teil des BGB" (cit. v. Tuhr, BGB).
Tuor, P.: „Das neue Recht", Zürich 1912 (cit. Tuor).

Vighi: „I diritti individuali degli azionisti", Milano 1902.
Vivante, C.: „Trattato di diritto commerciale", Milano 1912 (cit. Vivante).
— „Progetto preliminare per il nuovo codice di commercio" con le relazioni dei professori etc., Milano 1922.
— „La personalità giuridica delle società commerciali", Rivista di diritto commerciale 1903.
Vollenweider: „Beitrag zur Theorie der juristischen Person, insbesondere ihrer inneren Struktur", Zürcher Diss. 1908.
Welti, A.: „Die Organisation der Aktiengesellschaft nach dem Bundesgesetz über das Obligationenrecht", Zürich 1890 (cit. Welti).
Wertheimer, M.: „Die Organisation des Vereins nach dem schweiz. Privatrecht", Zürcher Diss. 1928 (cit. Wertheimer).
Wiedemann, P.: „Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen", Berner Diss. 1906 (cit. Wiedemann).
Wieland: „Der schweiz. Aktienrechtsentwurf", in Ztschr. für ausländisches und internationales Privatrecht, 1927.
Wieland, K.: „Das Handelsrecht", München-Leipzig 1921 (cit. Wieland).
Wieland, C.: „A.-G. und G. m. b. H. im Entwurf eines revidierten Obligationenrechtes", in Ztschr. für schweiz. Recht, Bd. 41, 1922.
Windscheid, B.: „Lehrbuch des Pandektenrechtes", 9. Aufl., Frankfurt 1906 (cit. Windscheid, Pand.).
Wolfers, A.: „Die Verwaltungsorgane der Aktiengesellschaft nach schweiz. Recht", Zürcher Diss. 1917 (cit. Wolfers).
Zahn: „Kann eine A.-G. Mitglied einer OHG werden?", in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung, Bd. XI.
Zitelmann, E.: „Begriff und Wesen der sog. juristischen Personen", Leipzig 1873 (cit. Zitelmann).
Zielinski: „Grundtypenvermischung und Handelsgesellschaftsrecht", Heft 40 der Arbeiten zum Handelsgewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausg. von Ernst Heymann, 1925.

Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins in Zermatt, 1897. Referat K. Burckhardt und Korreferat L. Siegmund: „Ist das schweiz. Firmenrecht einer Reform bedürftig und wenn ja, in welchem Sinne?" (Verhandlg. SJV).
Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins in Basel 1920.
2. Heft, M. Staehelin: Die Aufsicht in der schweiz. A.-G.
4. Heft, T. Aubert: Le contrôle dans les sociétés anonymes.
5. Heft, Protokoll der Jahresversammlung, S. 243.
Schweizerische Juristenzeitung (SJZ).
Deutsche Juristenzeitung (DJ).
Juristische Wochenschrift (JW).

Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen (Holdheims Wochenschrift).
Leipziger Zeitschrift (LZ).
Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Zeitschr. f. d. g. Handelsrecht).
Zentralblatt für Handelsrecht.
Zeitschrift für Aktienwesen.
Die schweiz. Aktiengesellschaft, Zeitschr. zur Besprechung von Rechts-, Organisations- und Steuerfragen der A.-G.
Deutsche Steuerzeitung.
Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung (Seufferts Blätter).
Schweiz. Obligationenrecht: „Entwurf eines Bundesgesetzes betr. Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechtes", Dez. 1919.
Bericht über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweiz. OR, März 1920 (Bericht).
Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, Bundesblatt No. 9, Februar 1928 (Botschaft).
Protokoll der Expertenkommission 1926 (Prot. Exp. Komm.).
Entscheidungen des Bundesgerichtes (BE).
Entscheidungen des Reichsgerichtes (RG).
Entscheidungen des Kammergerichtes (KG).
Entscheidungen der Oberlandesgerichte Hamburg, Dresden, Karlsruhe (OLG).
Entscheidungen des Reichfinanzhofes.
Blätter für die zürcherische Rechtssprechung (Blätter).

Curriculum vitae.

Geboren am 30. Januar 1905 in Aarau, besuchte ich die dortige Gemeinde- und Bezirksschule und das Aargauische kantonale Gymnasium, dessen Maturitätszeugnis ich im Frühjahr 1925 erhielt. 1825/26 arbeitete ich als Volontär in einer Genfer Bank und studierte hierauf Jurisprudenz an den Universitäten Genf, Rom und Zürich. Mein Studium wurde durch Militärdienst wiederholt unterbrochen. Die mündliche Prüfung bestand ich am 1. Februar 1930.

Date Due

COLUMBIA UNIVERSITY
0032057091

D224 Sch 1
Schaefer
Die Aktiengesellschaft als Mit-
glied...

NEH MAR 1 0 1994

MSH 00569

MAR 1 6 1932

END OF
TITLE